BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
Racc. de Marinis
720
NAPOLI

Digitized by Google

[redacted]

Digitized by Google

Digitized by Google

ARNOLDI
VINNII JC.
TRACTATUS QUINQUE,
NEMPE DE

PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIONIBUS, TRANSACTIONIBUS ET QUÆSTIONIBUS JURIS SELECTIS.

Cum Indicibus Locupletiſſimis.

Quibus additæ ſunt

SIM. VINNII A. F. ORATIONES.

Editio noviſſima prioribus emendatior.

VENETIIS, MDCCLXXX.

Ex Typographia Balleoniana.

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.

Digitized by Google

SYLLABUS CAPITUM.

TRACTATUS

De Pactis.

I. Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum. *Pag.* 1
II. De pactis ſeu conventionibus publicis. 5
III. An fides hoſtibus, prædonibus, piratis data ſervanda ſit. 6
IV. De pactis legitimis. 7
V. De conventionibus nudis. 10
VI. De vi nudarum conventionum. 14
VII. Aliarum præter Romanos gentium noſtris hodie moribus, ac jure Canonum ex nuda conventione actionem dari. 17
VIII. De conventionibus non nudis quæ vulgo pacta veſtita. 19
IX. De pactis incontinenti contractibus adjectis. 26
X. An pacta incontinenti adjecta contractibus ſtricti juris ex parte actoris ſimiliter inſint, ut bonæ fidei judiciis. 30
XI. Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interpoſito cautum. 34
XII. De pactis tacitis. 36
XIII. De pactis in rem & in perſonam deque eorum vi ac poteſtate. 41
XIV. Qui cum quibus paciſci poſſunt. 42
XV. An quis pactione ſua alteri nocere aut prodeſſe queat. 46
XVI. Quatenus pactum debitoris fidejuſſori, aut debitori fidejuſſoris proſit: & de pacto unius e duobus reis. 48
XVII. De pactis majoris partis creditorum. 50
XVIII. De quibus rebus paciſci poſſumus. 52
XIX. De pactis circa ſucceſſiones. 55
XX. De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione. 58
XXI. De effectu & poteſtate pactorum. 60

TRACTATUS

De Juriſdictione & Imperio.

I. De imperio mero. 64
II. De iis, quæ præcipue circa Imperium merum quærenda. 66
III. An meri imperii exercitio mandari poſſit. 67
IV. Soline Principi iiſve, qui ſummam in republ. poteſtatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum. 69
V. De juriſdictione, quam vocant ſimplicem. 70
VI. De juriſdictione ordinaria & extraordinaria, contentioſa & voluntaria. 72
VII. De mixto imperio. 73
VIII. De juriſdictione propria & mandata. 75
IX. Quando juriſdictio mandata, quatenus & quo effectu tranſlata intelligatur. 79
X. De juriſdictione prorogata. 81

XI. De prorogatione de re ad rem, & de perſona ad perſonam. 83
XII. Quibus modis juriſdictio finiatur. 86

TRACTATUS

De Collationibus.

I. DE ſignificatione hujus dictionis *collatio.* 89
II. Collatio qua contemplatione introducta, aucta aut reſtricta. *ibid.*
III. Quid ſit collatio. 90
IV. Inter quos locum habeat collatio. 91
V. An alii præter deſcendentes collatione fungantur. 94
VI. De diverſo jure ſuccedentibus. 95
VII. De mutatione progreſſu temporis facta circa perſonas conferentium. 96
VIII. De filio & ex eo nepote inſtitutis: item de filia inſtituta, quæ alias extantibus maſculis ſtatuto excluderetur. 97
IX. Quando ſeu qua in ſucceſſione locum habeat collatio. 98
X. De bonis collationi obnoxiis. 99
XI. De collatione adventitiorum. 101
XII. De collatione dotis & donationis propter nuptias. 102
XIII. De collatione ſumptuum præter dotem & donationem propter nuptias. 104
XIV. De collatione lucri, quod filiifam. induſtria partum ex re patris: item eorum, quæ relicta per ſpeciem ultimæ voluntatis. 107
XV. De collatione ſimplicis donationis. 109
XVI. De modo conferendi, & pœna non conferentis. 112
XVII. De fine & effectu collationis. 115.

TRACTATUS

De Tranſactione.

I. DE uſu verbi *tranſigere* quid ſit transſactio, & quid differat a pacto. 117
II. Quibus modis tranſactio fiat. 119
III. Qui tranſigere poſſunt. 120
IV. De quibus tranſigere poſſumus. 123.
V. De tranſactione facta ſuper his, quæ teſtamento relicta. 127
VI. An & quatenus de alimentis tranſigere liceat. 130
VII. Quatenus in cauſis criminalibus tranſactio permiſſa. 135
VIII. De vi & effectu tranſactionis. 145

SYL-

Digitized by Google

SYLLABUS CAPITUM
QUÆSTIONUM JURIS SELECTARUM.

LIBER I.

CAPUT I.

AN ſine exceptione quidquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum? *Pag.* 161
II. Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an vero & quo caſu etiam privatorum? 163
III. Utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda? 165
IV. An prorogato juriſdictionis de loco ad locum, & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat? 167
V. In jus vocatio an ſit pars judicii proprie dicti? 169
VI. An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit aut noceat? 170
VII. Si unius debiti plura ſunt chirographa apud creditorem, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa? 172
VIII. An de controverſiis ex teſtamento ortis recte tranſigatur non inſpectis teſtamenti verbis, & quid hic ſtatuendum de pactione gratuita? 173
IX. An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera ex ratione juris defendi poſſit? 175
X. An recte interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium? 176
XI. Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale: & an fidejuſſoribus quoque proſit? 178
XII. An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei eum reddat ipſo jure nullum? 180
XIII. An minori 25. annis Doctori Juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio? 183
XIV. An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem hereditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio? 184.
XV. An *auth. Sacramenta puberum*, *C. ſi adv. vend.* pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos, ipſo jure? 186
XVI. Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium? 187
XVII. An litis conteſtatio aliter quam negative ex parte rei fieri poſſit? 188
XVIII. An in controverſiis de poſſeſſione aut rei proprietate ſolus locus rei ſitæ ſit forum competens, an vero & locus domicilii rei? 180
XIX An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hereditatis? 190
XX. An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio? 192
XXI. An liberi juſte exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant? 194
XXII. Legitima ſitne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen? 196
XXIII. Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari? 197
XXIV. An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit, qua conſequatur impenſas in rem alienam factas? 198

Digitized by Google

XXV. An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat? 201
XXVI. An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur? 203
XXVII. An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat? 205
XXVIII. Uſusfructus ſitne dividuus, an individuus? 207
XXIX. An teſtator poſſit fructuario remittere cautionis fructuariæ partem, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda? 208
XXX. An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola edificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda? 210
XXXI. An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo? 211
XXXII. An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint? 213
XXXIII. An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum; & an inquilinus ex locato locatori? 214
XXXIV. An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30. annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori? 216
XXXV. Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hereditas? 218
XXXVI. An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis? 219
XXXVII. An actio negotiorum geſtorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ? 221
XXXVIII. An in judicio familiæ erciſcundæ condemnatio & abſolutio facienda in perſonis omnium? 223
XXXIX. Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit, aut decreverit? 224
XL. An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutua fiat? 227
XLI. An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens? 229
XLII. An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit? 232
XLIII. An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur? & an remitti, vel referri, aut recuſari poſſit? 234
XLIV. Quando & quibus in cauſis a judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium? 235
XLV. An judex poſſit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem: & an ex cauſa poſſit id non ſequi, vel a principio non deferre? 237
XLVI. An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis, & condictio ob cauſam dati? 239
XLVII. An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt; repetitio detur? 241
XLVIII. An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renuntiet ſenatuſconſulto Vellejano? 243
XLIX. An etiam, quod natura debetur? in compenſationem veniat? 245
L. An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis

nis initio litis opponens, audiendus ſit? 248

LI. An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit? 249

LII. An præter dolum etiam culpam & quam culpam præſtet procurator ſeu mandatarius? 250

LIII. An pactum de inæqualibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt operæ & pecuniæ collatio? 251

LIV. An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit? 252

LV. An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi? 254

LVI. An beneficium *l. 2. C. de reſc. vend.* competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ. 256

LVII. An locus ſit beneficio *l. 2. C. de reſc. vend.* in tranſactione? 257

LIBER II.

CAPUT I.

SI conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat? 259

II. An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphiteuſin inconſulto domino? 261

III. An dominus fundi emphiteutici poſt elapſum tempus canonum recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati? 262

IV. An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat? 264

V. An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium *l. 2. C. de reſc. vend.* avocatis, extinguatur? 266

VI. An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu 30. aut 40. annis? 268

VII. An *ἀντίχρησις* ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit antichreſis tacita? 269

VIII. An & quando evictioni ſit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato? 272

IX. An & quomodo fœnus differat ab uſura? 273

X. An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori? 274

XI. An ſolæ quæſtiones facti ſint objectum probationis? 276

XII. An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio? 277

XIII. An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere? 279

XIV. An quævis filiæ a quibuſvis parentibus dotandæ: & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti? 281

XV. An promiſſio donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit? 283

XVI. An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur? 286

XVII. Utrum imperfecta parentum inter liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero tantum ut voluntas inteſtati? 288

XVIII. An verbis nuncupata parentum diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat? 290

XIX. An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra locum, ubi major requiritur ordinationis ſolemnitas? 292

XX. An liberis ſuis heredibus præteritis

Digitized by Google

ritis a patre, totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt *Novell.* 115. 6. 3. 293

XXI. Utrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex *Nov.* 115. nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus? 295

XXII. An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu a teſtatore prohiberi queat? 297

XXIII. Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo heredi a patre facta extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus. Et an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur? 299

XXIV. An quemadmodum ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris; ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris? 301

XXV. An legatum in alterius arbitrium recte conferatur? 304

XXVI. Rei alienæ legatum quando valeat? & quid juris, ſi quis legaverit rem, quam cum alio communem habet? 305

XXVII. An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falſa demonſtratio vitiet legatum? 307

XXVIII. An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? & an ex eadem cauſa amittat legitimam? 309

XXIX. Filius hereditatem reſtituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic uſu receptum? 312

XXX. Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes; an in capita ſuccedant? 315

XXXI. An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum diſcretio bonorum obſervanda? & obiter an obſervanda in ſucceſſione adſcendentium? 317

XXXII. An juſta ſit cauſa revocandæ donationis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit? 319

XXXIII. An per querelam inofficioſæ donationis revocetur tota donatio? 321

XXXIV. An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem? 323

XXXV. An diſſenſio in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii translationem? 324

XXXVI. Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur: & quænam ſint iſtæ ſpecies? 326

XXXVII. An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur? 329

XXXVIII. Num in taxatione ejus, quod intereſt, id omne, quod actor conſequi potuit nec conſecutus eſt æſtimetur? 331

XXXIX. An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſeu rei vindicatione? 332

XL. Exceptio diviſionis quando proponenda? 335

XLI. An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat, & quomodo? 338

XLII. An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem? 339

ARNOL-

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII JC.

TRACTATUS DE PACTIS.

CAPUT I.

Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.

1. *Pacti & pactionis definitio.*
2. *Pactum & pactio idem*, *&* No. 5.
3. *Pactum generali ſignificatione idem, quod conventio*, *&* Nos 7.
4. *Actu plus eſt in ſpecie, quam in genere: genus, ſymbolum communis ſpecierum eſſentiæ.*
5. *Generali appellatione pacti etiam contractus nominatos contineri.*
6. *Prætorem edicto de pactis edicere de conventionibus omnibus.*
7. *Pacta conventa quomodo prætor ſervet.*
8. *Cur in definitione mentio fiat duorum aut plurium.*
9. *Quid ſit illud* in idem.
10. *Pactum ſpeciali ſignificatione paſſim pro pacto nudo.*
11. *Pactum conventum, nihil aliud quam pactum per ſe poſitum.*
12. *Pactum conventum proprie non eſt pactum ἔγγραφον.*
13. *Quod noſtris pactum conventum dicitur, Græci Juriſconſulti reddiderunt σύμφωνον ſimpliciter.*
14. *Si quando pactum, aut pactum conventum pro* *Vinn. Tract. Varii.* *inſtrumento pacti uſurpatur, tropica locutio eſt, non propria.*

1. PACTUM ſive pactio eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus. *Placitum & conſenſus*. Conſtant. Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 9. *c.* 1. *ἀρέσκεια καὶ συγκατάθεσις*. *Synopſ. Attaliatæ titul.* 6. *ἀρέσκεια καὶ συναίνεσις*. In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum conſenſus*. Cæterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore, pactum in *l.* 3. *de pollicit.*

2. Unde apparet utrumque idem eſſe, atque æque late vocis utriuſque ſignificationem patere, contra quam exiſtimat Duarenus ad *d. l.* 1. §. 2. *hoc tit.* In una *l. juris gentium.* 7. §. *ſed cum nulla.* 4. *& aliquot* §§. *ſeqq. eod.* plus ſexies promiſcue pacti & pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici jus, quod ex pacto exiſtit, ſive obligationem ex actu paciſcendi natam: ſed ſine ulla auctoritate, ullave vel in ſpeciem probabili ratione. Nam in *l.* 1. §. 1. *eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3. Sed & pactum generali ſignificatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod &

ipſum definitio pacti evidenter oſtendit. Etenim ſi contractus quoque omnis eſt duorum vel plurium in idem conſenſus, neceſſario unum ex his tribus ſequitur, ut aut contractus idem ſit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti ſpecies: atqui nec idem eſt, quod pactum, nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: neceſſe igitur eſt pacti eſſe ſpeciem.

4. Nihil officit, quod plus eſt in contractu, quam in pacto generaliter ſumpto: nam ſemper actu plus eſt in ſpecie, quam in genere. Quippe genus non eſt particeps differentiarum, *οὐ μετέχει τῶν διαφορῶν* ut docet Ariſt. *Philipp.* 7. 12. & ut Porphyrius *c.* 3. *διαφορά ἐστιν, ᾧ πλεονάζει τὸ εἶδος τοῦ γένους*. & mox, *γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑπ᾽ αὐτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν*. Id eſt, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ ſub ipſo ſunt, actu vero nullas*. Etſi autem tota eſſentia ſpeciei non eſt in genere: tota tamen generis eſſentia æqualiter ineſt in ſingulis ſpeciebus; ſemperque genus, ut latius patens, de ſpecie ſua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo eſt amplius quid, quam animal ſeu corpus animatum ſentiens; omnis tamen homo eſt animal: e converſo vero non omne animal eſt homo. Similiter contractus eſt aliquid amplius, quam pactum in genere ſumptum, ſeu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus eſt pactum ſive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum eſt contractus: verbi cauſa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, nec non negotio alicui adjectæ, licet ſint pacta, contractus tamen non ſunt. Unde Græci Juriſconſulti pactum, quod *σύμφωνον* vocant, fieri dicunt *ἐπὶ τῷ συστῆναι, ἢ διαλυθῆναι* ad contrahendum vel diſtrahendum: contractum vero *ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχήν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον*, ad conſtituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5. Hoc quod dicimus, verum eſſe manifeſte quoque arguunt hi loci, *l. ſi domus* 8. *l. ſolent.* 15. *de præſcript. verb. l. legem* 10. *C. hoc titul.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc diſtinctio ponitur quod illud actionem non pariat, ex hoc autem naſcatur actio præſcriptis verbis, item *l.* 6. *C. de jur. dot.* in cujus ſpecie matris pactum dicitur actionem præſcriptis verbis conſtituere. Conſtat autem inter omnes, actionem præſcriptis verbis non dari, niſi *ἐκ συναλλάγματος* ex contractu, *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit.* & paſſ. *tit. de præſcr. verb.*

6. Ad hæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma diſtinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo.* 71. *pro ſoc.* quo loco contractum de ſocietate habitum palam eſt nominari pactum conventum ſocietatis; & mox iterum pactum conventum de ſocietate. Idem quoque evincitur ex eo, quod in *l. ſi unus.* 27. *verſ. idem dicemus. h. t.* Paulus ſcribit, conſenſu contractam obligationem, & re integra contrario pacto ſublatam, veluti empti, noviſſimo pacto non reſuſcitari; ſed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud eſt, quam ſi dixiſſet, poſterius pactum novum eſſe contractum, novam emptionem? Sane ſic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa.* 72. *pr. verſ. an idem. de contr. empt.* Item ex *l. traditionibus* 20. *Cod. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni; ac proinde illic appellatione pactorum certum eſt etiam contractus nominatos intelligi *fac.* §. 3. *Inſt. de empt.* Denique cum uſusfructus & ſervitutes prædiorum dicuntur conſtitui pactionibus & ſtipulationibus, §. 1. *Inſt. de uſufr.* §. *ult. Inſt. de ſerv. præd.* per pactiones neceſſe eſt, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium, aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti. *c.* 1. *de pact. n.* 6. *& ſeqq.* nec non eorum quoque errori qui aſſerunt in uſu juris noſtri non tantum pactum, pactionem, conventionem, ſed etiam contractum pro eadem re ſumi, nihilque intereſſe, contraxiſſe aliqui dicantur, an pacti eſſe vel conveniſſe: hoc enim non minus abſurdum eſt, quam ſi quis dicat, idem ſignificare genus & ſpeciem, animal & hominem: pactio enim & conventio nomina ſunt generis, contractus nomen ſpeciei. Itaque etſi qui contraxerunt, etiam pacti eſſe & conveniſſe recte dicantur, quod ſolum probant: tamen ex converſo non omnes, qui dicuntur pacti, dici poſſunt iniſſe contractum; ut non multo ante demonſtratum eſt, & plenius demonſtrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem ſuam etiam pro communi interpretum ſententia: ſed falſo: ac ne unum quidem reperiri credimus, qui idem aſſerat, aut qui neget, quod illi negant, ea quæ ſub diverſis vocibus idem ſignificant, eſſe ſynonima aut *ἰσοδυναμοῦντα*.

7. In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa. d. l.* 7. §. *ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non ſunt: quod & ipſum certum argumentum eſt, pactionem, pactum, conventionem, conventum idem valere & declarare; quemadmodum etiam convenire & paciſci plerumque pro eodem dicimus. Sic promiſſum & promiſſio, præceptum & præceptio, juſſus & juſſio, inventum & inventio, & ſexcenta hujuſcemodi idem valent & ſignificant: eſtque in hiſce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio, cur ſi pacti aut pactionis nomen æque generale ſit, atque conventionis, Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id eſſe? Reſpondeo perpe-

ram

ram ex eo colligi pactionis aut pacti verbum generale non eſſe: nam ex definitione, quæ præcedit, ſatis intelligirur hoc verbum generale eſſe: ſed Juriſconſultus docere voluit etiam conventionis verbum generale eſſe, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio tranſigunt, quorum conſenſus & factum diſceſſio potius, quam conventio videri poteſt, ut bene Donell. *ad Rubr. C. hoc tit. n.* 10.

8. At dices, huic ſententiæ conſequens eſt, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum eſſe videtur a ſententia prætoris, qui pollicetur ſe pacta conventa ſervaturum, cum contractus ſatis jure valeant ſine tuitione prætoris; & ἄτοπον argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob cauſam poſitum ſit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: ſola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petarur. Hinc denique eſſe, quod poſt edictum propoſitum omnis fere hoc titulo tractatio Juriſconſultorum ſit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam ſubinde alia miſcentur. Ita diſputat Duarenus *comment. ad l.* 1. *ff. h. t. & lib.* 2. *diſp. c.* 8. Reſpondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis edicere intelligirur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l.* 1. §. 3. *l.* 7. *pr.* §. 1. *&* 2. *eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, ſi hoc ſolum prætor polliceretur ſe pacta conventa ſervaturum: nunc autem excipir ea, quæ dolo malo & contra leges facta ſunt, quod eſt ejuſmodi, ut de contractibus fere ſolis ſtatui neceſſe fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adverſus has reus ſatis municus eſt ipſo jure. Porro illa exceptio doli aliave defenſio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & ruendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod ſi vera eſſet ſententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non eſſe pacta, ſed illud potius, non alia eſſe pacta, quam quibus paciſcimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l.* 7. §. *quinimo. ff. hoc tit.*

9. Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa ſervabo*, ſic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad ſervandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones, aut actiones dando. *l. inter cohæredes*, 44. §. 1. *fam. erciſc.* Contractus igitur ſervat prætor dando actionem: nam & actiones civiles ſolent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus, *l.* 1. *ff. commod.* Servat conventiones alias ſeu pacta nuda, ſiquidem ad liberandum comparanda ſunt, dando exceptionem: ſi vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam ſi ſpecialiter jure civili aut honorario confirmata ſint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, *l.* 6. *l.* 7. §. *quin imo l. ſi tibi.* 17. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de pecun. conſtit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda ſunt, *Quod ejus per lege &c. licebit arg. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. cauſ. maj.* Si vero dolo malo, adverſus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis eſt, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure noſtro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem naſci: nam tum pacti verbum in ſpecie ſumitur pro pacto nudo, quomodo & paſſim abſolute poſitum a veteribus accipitur, *d. l.* 7. §. *quin imo.* 5. *ff. h. tit. l.* 10. *C. eod. l. ſolent.* 15. *ff. de præſcr. verb. l.* 1. *C. de pact. conv. tam ſup. dot.* Non enim novum eſt, ut idem verbum & generis nomen ſit, & ſpeciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. ſatis probant.

10. Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel teſtantis voluntas, vel voventis aut offerentis promiſſum ſpectatur, *l.* 12. *in fin. de leg.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id eſt, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promiſſione ſtipulanti facta, & pro pacto convento accipitur, *l. ea quæ* 43. §. 1. *de contr. empt. l.* 1. §. *pen. de dot. coll. l.* 6. *C. de dot. prom. l.* 5. *C. de cont. ſtip.* Votum autem eſt pollicitatio Deo facta, *c.* 6. *&* 7. *ext. de vot.* Cicero definit ſponſionem, qua Deo obligamur.

11. *In idem* valet in eamdem rem, quæ recipitur, id eſt, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi cauſa: nam ad materiam ſubjectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, ſi duo juriſperiti, de aliqua juris quæſtione conſulti, idem reſponderint, talis conſenſus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expreſſe addiderunt, ἐπὶ τῷ συςῆναι ἢ γοῦν γενέσθαι, ἢ διαλυθῆναί τι.

12. Effectum igitur hactenus eſt, verba hæc, *pactum*, *pactio*, *conventum*, *conventio*, vi ſua generalia eſſe, ejuſdemque omnia ſignificationis. Cæterum, ut quoque dictum eſt, pacti nomen etiam ſpecialem ſignificationem haber, & a veteribus paſſim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur uſurpari ſolet: atque hoc etiam uſuvenit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum*. *l.* 7. §. *quin imo l. ſi unus*, 27. *in fin. hoc tit. l. pacta conventa*, 72. *de contr. empt. l.* 4. *l. ult. de pignor. cum ſimilib.*

13. Atque ego quidem exiſtimo idem plane eſſe pactum conventum, quod pactum per ſe poſitum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc ſubſtantiva, *pactum conventum*, junguntur

plerumque ἀσυνδέτως ut & alia quædam, veluti *æquum bonum*, *purum putum*, *ſarta tecta*: idque fit rei magis explicandæ gratia κατὰ τὸ αὐτό. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Cæcin*. *Quæ judicia, aut ſtipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi poteſt, ſi ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *Satyr. 6.*

Conventum tamen & pactum, & ſponſalia noſtra
Tempeſtate paras.

Ubi non ſatis perite Britannicus *conventum* interpretatur cœtum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Utinam nulla ſtipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impreſſis ſignis cuſtodirentur*, & apud Paulum *lib. 1. recept. ſentent.* titulus primus inſcribitur *de pactis & conventis*. Re ipſa autem nihil intereſt, utrumque, an alterum ſolummodo exprimatur.

14. Claudius Salmaſius, ſæculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie eſſe id pactum, quo ſcriptura interveniente factum eſt, magiſtriſque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. uſur. c. 12.* Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctiſſimo viro concedere non debeam, atque exiſtimem injuſte interpretes noſtros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adverſus ſummum virum, qua ille uſus eſt adverſus alios: nec abnuo, quin ille ipſe mihi judex in hac cauſa detur. Primum illud ſatis conſtat, minime quadrare in propriam ſignificationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro ſcripto aut conventionis inſtrumento. Deinde cum in edicto prætor ait ſe pacta conventa ſervaturum, non magis hoc ad pacta ſcripta pertinet, quam ad cætera: quemadmodum nec illud, quod dici ſolet, pacta conventa in continenti adjecta ineſſe bonæ fidei judiciis, *l. 7. §. quin imo, 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio noſtris non eſt exceptio pacti ſcripti, ſed pacti cujuslibet ſeu juſtæ conventionis, uti & paſſim promiſcue hæc noſtri uſurpant. Si quis mihi veterum ſcripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies hæc nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re ſumi. Qui titulus in pandectis inſcribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inſcriptus eſt *de pactis conventis tam ſuper dote*, &c. certum autem eſt utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἄγραφα, quam ad ἔγγραφα; nec ulla eſt in toto illo titulo Codicis conſtitutio, in qua hæc duo, *pactum conventum*, juncta invenias; ſed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive inſtrumento interpoſiti.

Quinimo ipſa illa *l. 4. ff. de pignor.* qua D. Salmaſius utitur ad opinionis ſuæ confirmationem, eam perſpicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Cajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciſcatur, ut res ejus propter aliquam obligationem ſine hypothecæ nomine obligatæ. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, ſicuti eſt & in his obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur: & ideo & ſine ſcriptura, ſi convenit, ut hypotheca ſit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Juriſconſultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis ſcriptura interveniente paciſcitur, ſed generaliter, cum quis paciſcitur: ac proinde etiam cum paciſcitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil intereſſe, quibus verbis fiat, & poſſe etiam ſine ſcriptura fieri, ac prorſus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi conſenſus, in quibus, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſufficit conſenſum quomodocumque declarari, *l. 2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Caji non illud evincitur, quod contendit D. Salmaſius, pactum conventum eſſe, quod ſcripto conſignatum eſt, ſed quod nos aſſerimus, pactum conventum Cajo idem eſſe, quod pactum ſimpliciter ſive nudam conventionem, *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana, 7. in fin. Inſt. de action.* Quod ſi per pactum conventum intelligeret σύμφωνον γεγραμμένον, falſa eſſet collectio Juriſconſulti, ſibique ipſe contradiceret.

15. Sed neque Græci Juriſconſulti, quod pactum conventum noſtris dicitur, reddiderunt γραμματεῖον ut idem vir illuſtris exiſtimat; verum σύμφωνον ſimpliciter. Titulo codicis *de pactis conventis tam ſuper dote*, &c. reſpondet titulus apud Conſtantinum περὶ γαμικῶν συμφώνων & in Baſilicis περὶ προικὸς, καὶ τῶν περὶ αὐτῆς πάκτων ἤτοι συμφώνων. Conſtantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παραμένον τῷ χρεώστῃ ὑποτιθέμενον δὲ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γραμματεῖον, ἔχειν τῆς τοῦ χρέους ἱκανώσεως, non interpretatur locum aut verba Caji in *l. 4. ff. de pign. & hypot.* ſed exprimit ſententiam Ulpiani in *l. 9. §. 2. ff. de pign. act.* ubi Juriſconſultus inter pignus & hypothecam hoc ait intereſſe, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem tranſit, hypotheca cum non tranſit nec poſſeſſio ad creditorem: idque ita eſſe patet ex eo, quod mox apud Conſtantinum ſequitur, ἐνέχυρον δὲ τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. *Pignus autem eſt, quod creditori in manus traditur.* Idem alibi, κυρίως ἐνέχυρον λέγεται τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν ὑποθήκη ἐστίν. *Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero ſine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca eſt.* Nimirum differentia pignoris & hypothecæ non in eo conſiſtit quod hæc ἐγγράφως: illud ἀγράφως contrahatur: ſed quod hæc pacto convento, id eſt, ψιλῷ συμφώνῳ, illud non niſi re tradita, *§. item Serviana, in fin. Inſt. de action. §. ult. Inſt. quib. mod. re cont. obl. d. l. 9. §. 2. de pign. act.* inſtrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecæ nihil attinet, igitur εἰς γραμματεῖον Harmenopulo non eſt per pa-

ctum

ctum conventum, ſed inſtrumento pacti conventi: quippe qui non ideo γραμματείῳ meminit, quod ſine inſtrumento hypotheca non contrahitur, ſed quia probationis cauſa ſcriptura fere adhiberi ſolet *d. l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fide inſtr. cum ſimilib.* In Baſilicis autem *lib. 25. tit. 2.* ſententia Caji in *d. l. 4. de pign.* his verbis expreſſa eſt, ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τοὺς ἀναγκαστικῶς αὐτὰς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συμφωνήσαντας, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται οἵοις δήποτε ῥήμασι καὶ ἀγράφως, τὰ γὰρ ἔγγραφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται, id eſt, *quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio aſtringat de re qualibet conſentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuſcumque verbis, etiam citra ſcripturam: nam ſcripturæ probationis cauſa fiunt, &c.*

16. Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores uſurpari pro inſtrumento, in quo pactum conventum deſcriptum eſt, & apud Ulpianum in *l. duo ſocietatem, 71. ff. pro ſoc.* ſed tropica iſta locutio eſt, non propria, ſumpto per metonymiam contento pro continente, ejuſdemque tropi uſus occurrit etiam in voce *pactum l. 7. §. quod fere, 12. ff. hoc tit.* ibi, *quod fere noviſſima parte pactorum ita ſolet inſeri*, id eſt, noviſſima parte inſtrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit pactum proprie eſſe conventionem ſcriptam, ſic per eandem figuram lex accipitur pro talibus legis *l. enm debere, 33. ff. de ſerv. præd. urb. l. ſi in leg. 24. ff. locat.* & paſſim apud alios cautio & obligatio pro chirographo, *l. lecta 40. ff. de reb. cred. l. 5. ff. fam. erciſc. l. ult. C. de cond. ex leg. l. 7. de num. pec.* ſtipulatio pro ſtipulationis inſtrumento, *l. 1. §. pen. ff. de edend.* Cicero, *partitionib. Scriptorum privatum aliud eſt, publicum aliud. Publicum lex, ſenatuſconſultum, fœdus. Privatum tabulæ, pactum conventum, ſtipulatio.* Græcis quoque familiare eſt, ut συμβόλαια ἔγγραφα, ſive καταγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων, inſtrumenta pactorum ac conventorum, appellent συμβόλαια ſimpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ a D. Salmaſio in contrarium afferuntur; facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAPUT II.

De pactis ſeu conventionibus publicis.

1. *Publica conventio quid & a quibus fiat, & No. 4.*
2. *An Princeps pacem cum hoſtibus faciens privatorum injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit.*
3. *Privatæ conventionis ſpecies eſt, cum Princeps contrahit cum ſubditis emendo, vendendo, &c.*
4. *Duces belli citra ſpeciale mandatum pacem aut inducias facere non poſſunt.*
5. *De quibus rebus duces belli recte paciſcantur.*

PACTIONUM ſive conventionum quædam publicæ ſunt, quædam privatæ, *l. convent. 5. ff. hoc tit.* De conventionibus publicis parcius diſſeremus, quoniam iſta diſputatio Politicorum tota propria eſt: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & ſententiæ illuſtrium Scriptorum, cum Philoſophorum & Hiſtoricorum, tum Oratorum etiam & Poetarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Juriſconſulto hodie non expectatur, ſi cauſas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1. Publica conventio, definitore Ulpiano in *l. conventionum, 6. ff. hoc tit.* eſt, quæ fit ex cauſa publica. Hujuſmodi autem pactorum faciendorum poteſtas penes eos ſolos eſt, qui ſummæ rei præſunt, aut qui eam poteſtatem ab his, quorum ea propria eſt, acceperunt. Ulpianus *d. l. 5.* quid ſit publica pactio, declarat duobus exemplis: *publica*, inquit, *conventio eſt, quæ fit per Principem*, (ita enim omnino legendum eſt cum Ruſſardo, non *per pacem*, quod idoneum ſenſum non habet) *aut quoties inter ſe duces belli quædam paciſcuntur*. Græci hunc locum ſic reddunt, δημόσια δὲ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἐξουσιαστῶν ἢ ἡγεμόνων ἐθνῶν, πρὸς εἰρήνην τυχὸν, ἢ ἄλλο τι τοιοῦτον, *publicæ conventiones ſunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale.* Et quidem dubium non eſt, quin Princeps de negotiis ad rempubl. ſpectantibus recte atque utiliter paciſcatur, ſive aliud quodcumque fœdus cum hoſtibus faciat: ſiquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum eſt, quorum eſt bellum, cum ſuæ quiſque rei moderator ſit atque arbiter.

2. Sed quæritur, pacem faciendo cum hoſtibus, an privatorum damna atque injurias ob cauſam belli acceptas remittere poſſit? Et puto poſſe, arg. *l. 1. §. 2.* in verbis, *ſunt enim quædam publice utilia, ff. de juſt. & jure, c. in noſtra*, ibi *pro bono concordiæ, ext. de injur.* Atque omnino concludimus remiſſionem favore publicæ pacis factam, etiamſi facta ſit invitis ſubditis, valere, ſi aliter diſcordiæ ſedari & pax haberi nequeat; & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore poſſeſſa ſunt, quæ ſi a poſſeſſoribus auferantur, multa concuti & perturbari neceſſe ſit. Optimæ conciliationes ſunt, quæ iram & offenſarum memoriam delent, & ut ait Iſocrates Panath. εἰρήνης δ' οὐ προσῆκε μνησικακεῖν περὶ τῶν πρὶν γεγενημένων, *in pace non decet ante malorum recordari*. Et omnino in fœderibus incundis non tam cogitandum eſt de ſarcienda in præſens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, ſed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum im-

Digitized by Google

plicentur, ut diſputat Dionyſ. Halicarnaſſenſis *lib.* 3. Exemplum habemus apud Val. Maximum *l.* 4. *c. de animi moderatione*, de Thraſybulo, qui cum civitatem Athenienſium triginta tyrannorum ſævitia liberaſſet, plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio ἀμνηστία ab ipſis vocitata eſt. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio conſulere volens ſequendum eſſe cenſuit, *Philip.* 1. *in princ.* Bodin. *lib.* 2. *de repub. c.* 5. *& lib.* 5. *cap.* 6. Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. & pac. c.* 20. Duar. *ad l.* 5. *ff. hoc tit.* Gail. 2. *obſ.* 57. *& de pace publ. n.* 25. Matt. Cuno *tract. de pact. c.* 22. *per tot.* vide & Vaſq. 1. *contr.* 4.

3. Pacti vero non publici, ſed privati ſpecies eſt, cum Princeps paciſcitur aut contrahit cum ſubditis, verbi cauſa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps; & veriſſimum eſt, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus ſolutus eſſe dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus obſervantiam adſtringi non debeat. Lex naturalis eſt, quæ fidem ſervari jubet: quæ proinde neque populi conſenſu, neque ſenatus auctoritate ſolvi poteſt.

4. Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus *d. l.* 5. *hoc tit.* de ducibus belli inter ſe paciſcentibus. Non tantum igitur Princeps, ſive, qui ſummum imperium habent, pacta cum hoſtibus inire publicæ utilitatis cauſa poſſunt: verum etiam ducibus belli idem permiſſum eſt. Cæterum belli duces non niſi de illis rebus quæ ad adminiſtrationem belli pertinent, deque his, quæ ipſis conceſſa intelliguntur, jure paciſci poſſunt. Unde petenda deciſio quæſtionis, quæ ab interpretibus movetur, an a ducibus belli citra principis aut populi conſenſum, cujus nomine & auſpiciis bellum geritur, pax aut induciæ conſtitui poſſint.

5. Dicendum enim eſt non poſſe, niſi hoc ſpecialiter iis conceſſum ſit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in univerſum belli gerendi cura commiſſa ſit, pacem cum hoſtibus faciendo, fines mandati & muneris ſui excedere; neque enim belli gerendi pars eſt, bellum finire. Ageſilai reſponſum ad Perſas fuit, εἰρήνης τὴν πόλιν εἶναι κυρίαν *pacis arbitrium penes civitatem eſſe*, Eumenes apud Livium *l.* 37 *Qui rata iſta pax erit, quam non ex auctoritate ſenatus, non juſſu populi Romani peregerimus?* Et Salluſtius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater conſul Albinus Romam proficiſcitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, ſuo atque populi injuſſu nullum potuiſſe fœdus fieri*. Ac pari de cauſa nec Caudina, nec Numantiana ſponſio populum Romanum obligavit.

6. Plane inducias dare ducum eſt, nec ſummorum tantum; ſed etiam minorum, ſed iis ſolum, quos oppugnant, aut obſeſſos tenent, & ſe ſuaſque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli hiſtoria apud Livium *l.* 24. declarat. Manifeſte igitur labitur Bartolus in *d. l.* 5. *ff. hoc tit.* cum ſimpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipſe loquitur, capitaneum guerræ poſſe facere treguam ſeu inducias indicere. Rurſum ducibus non competit, homines, imperia, agros bello quæſitos concedere: qua de cauſa Syria Tigrani adempta, quamquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda ſunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tam ex vi poteſtatis, quam cujuſque populi moribus. Enimvero nondum quæſita condonare omnino in ducum eſt poteſtate: quia homines cum oppidis ſæpe ſe dedunt ſub conditionibus vitæ ſalvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus ſummæ poteſtatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur Grot. *lib.* 3. *de jur. belli & pac. c.* 22. add. Bodin. *lib.* 5. *de rep. c.* 6.

CAPUT III.

An fides hoſtibus, prædonibus, piratis data ſervanda ſit?

1. *Etiam hoſtibus fidem datam ſervandam eſſe.*
2. *Dolus malus eſt poſt fidem datam hoſtem fallere.*
3. *Explanatio* l. 2. C. de commerc. & merc.
4. *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5. *Promiſſionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus ſervandam eſſe.*

FIDEI obſervatio eſt ex jure gentium, *l.* 1. *ff. h. t. l. dum amplius* 84. §. 1. *de reg. jur. l. bona fides* 31. *ff. depoſ.* Itaque cum Jure gentium quælibet juſta pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hoſti fidem datam ſervandam eſſe: nam & cum hoſtibus jus gentium colitur, *l. ult. ff. de legation.* Utique enim ſi cum hoſtibus quoque ſit communio juris gentium, cum iiſdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio ſit neceſſe eſt. Silius Italicus *lib.* 25.

—— *Optimus ille*
Militiæ, cui poſtremum primumque tueri
Inter bella fidem.

Denique ſi fidem hoſtibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde ſequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurritur ex Ulpiano *l.* 1. §. 3. *ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum eſſe, & pro ſolertia haberi, ſi quis contra hoſtem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non abſimile illud Auguſtini in *c. Dominus cauſ.* 23. *q.* 2. *In juſto bello ad juſtitiam nihil intereſt, aperte an ex inſidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo diſcrimine virtutis ac doli proſperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2. Reſpondeo, id verum eſſe concedo antequam

Digitized by Google

quam fides data eſt: at fides ſemel data ſervanda eſt, quia cum hoſte jus gentium colimus. Auguſtinus *Epiſt. 1. ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum eſt in *cap. noli, cauſ. 23. qu. 2. Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hoſti ſervanda eſt, contra quem bellum geritur.* Hinc eſt, quod qui legatos hoſtium violant, eos jus gentium violare apud auctores paſſim legimus *d. l. ult. de legat.* Liv. *lib.* 15. & 38. Cic. *Verin.* 3. Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluſerunt, & perfidiæ velamentum quæſiverunt Thraces, qui olim pacti aliquod dierum inducias, noctu excurſiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves diſſecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam poſt fidem datam adhibetur, malus eſt; cum contra ſi fides hoſti data non ſit, licita ſit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib.* 11.

Dolus, an virtus, quis in hoſte requirat?

3. Udalricus Zaſius objicit huic ſententiæ *l. 2. C. de commerc. & mercat.* Sed ſatis conſtat etiam cum barbaris juris gentium communionem eſſe, *l. Divus Hadrianus, 6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud eſt, aurum illis ſubtili ingenio & arte honeſta ſubducere, quod licet, aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hiſpania, & alibi non licet, & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur ἀπόῤῥητα, nimirum τὰ ἀπειρημένα ἐξάγεσθαι, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut πᾶσα ναυπηγήσιμος ὕλη, abies, pix, ſtuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4. Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non ſunt juſti & legitimi hoſtes, *l. hoſtes ſunt 24. ff. de capt. & poſtlim.* Cæterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis eſt communio juris gentium, *l. bona fides, 31. ff. depoſ.* Non habent quidem iſti ſpecialem iſtam communionem, quam inter hoſtes in bello ſolemni introduxit jus gentium: attamen quia homines ſunt, communionem habent juris naturæ, ex quo naſcitur ut pacta ſint ſervanda. Cæſar *lib. 3. de bell. civil.* aperte ſcribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compoſitione, legatoſque ad eos miſſos fuiſſe. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & ſedes, in quibus ſine rapto viverent; & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem ſervatam a Lucullo: alii id genus alia. At inquies, qui atrociter malefici ſunt, neque pars ſunt ullius civitatis, hi a quovis homine puniri poſſunt, ſi jus naturæ reſpicimus. Qui vero puniri poſſunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura ſua poſſunt auferri: neque enim eſt contra naturam ſpoliare eum, ſi poſſis, quem honeſtum eſt necare, ut recte diſputat Cicero *lib. 3. de offic.* Inter jura autem eſt etiam hoc jus ex promiſſo quæſitum: poteſt igitur & hoc ei in pœnam auferri. Reſpondeo proceſſurum hoc, ſi non tanquam cum malefico actum eſſet: at ſi quando cum tali, qua talis eſt, actum eſt, ſimul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum cenſeri debet: quia ſemper ea ſumenda interpretatio eſt, quæ cavet, ne actus in vanum recidat, *l. quoties. 12. l. ubi 21. de reb. dub.* Non male apud Livium *lib.* 34. Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc reſpondere poſſum, me qualiſcunque ſum, eundem eſſe, qui fui, cum tu ipſe mecum, T. Quinti, ſocietatem pepigiſti*, & mox: *Jam feceram hæc, qualiacunque ſunt, cum ſocietatem mecum pepigiſtis*, addit, *Si quid ego mutaſſem, mihi meæ inconſtantiæ: cum vos mutetis, vobis veſtræ ratio reddenda eſt.* Grot. *lib. 3. d. jure. bell. c. 19. n. 3. & ſeqq.*

5. Quid dicendum de magiſtratibus, qui conjurationem in rempub. aliudve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujuſmodi cauſam datur, eos non decipi non modo ſuadere rationem naturalem, verum etiam civilem quamdam, ne ſcilicet cæteri in futurum ad ſimilia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone conſule faciendum decrevit, add. Bodin. *lib. 5. de repub. c. 6.* Grot. *lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 19. & 4. ſeqq.* Hotom. *illuſtr. contr. c. 7.* Cunon. *tract. de pact. c. 29. n. 35. & ſeqq.*

CAPUT IV.

De pactis legitimis.

1. *Legitima conventio quid.*
2. *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his ſpecialis juris ratio.*
3. *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris ſingularis.*
4. *Exemplum pacti legitimi recentius, ſc. quo dos promittitur.*
5. *Alia nova ſpecies, pactum donationis.*
6. *Item alia, qua uſuræ argentariis promittuntur.*
7. *Ad pacta legitima referri poſſe & pacta honoraria, conſtitutum, & conventionem de pignore.*
8. *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipſo jure tollitur: inter quæ & lex commiſſoria & addictio in diem.*
9. *Laudatur Græcorum de pactis legitimis ſententia.*

Digitized by Google

10. *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an ſpecies conventionis legitimæ.*

PRIVATA conventio eſt, quæ fit ex cauſa & de re cujuſque privata ac familiari. Eaque vel legitima eſt, vel juris gentium, *l. 5. ff. hoc tit.*

1. Legitima eſt, quæ manente nuda ac ſimplici forma conventionis, ex ſpeciali confirmatione alicujus legis efficax eſt vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipſo jure tollendam. Confirmationem dicimus ſpecialem, nam & contractus juris gentium poſſunt dici jure civili confirmari, ſed tantum in genere, ſcilicet hoc ipſo, quod recepti ſunt: quippe uſus quoque vim approbationis habet, *§. 1. Inſt. de obligat.* hoc tamen non obſtante conventiones juris gentium appellantur, *l. juris gentium, 7. pr. ff. h. t.*

2. Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuiſſe tempore Pauli, cujus eſt *d. l. 6. h. t.* exiſtimat Antonius Faber, ſed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam 30. ff. de uſur.* item in *l. in quibuſdam, 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi uſuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id eſt, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris, quod ipſum, & a Scævola, qui ſub Antonio Philoſopho floruit, traditum eſt, *l. periculis, 5. §. 1. d. t.* Licet autem incertum ſit, quarum legum id auctoritate ſit introductum; illud tamen ſatis conſtat, contra rationem juris communis utrumque conſtitutum eſſe jure ſingulari ac proinde ſpeciali aliqua lege aut conſtitutione pacta iſta fuiſſe confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ ſpectat, ex quo navem navigare convenit, *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi uſuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum ſtipulationis non debentur, *l. Titius, 24. ff. de præſcr. verb. l. 5. §. 2. ff. de ſolut. l. 3. Cod. de uſur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam oſtendunt particulæ *&*, *etiam*.

3. Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis ſuppeditat *l. frumenti 12. C. de uſur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a conſiliis fuit, reſcribit, etiam ex nudo pacto acceſſionem ſive uſuras frumenti vel hordei mutuo dati præſtandas eſſe: in quo item jus eſt ſingulare; nam regulariter, ut jam dictum eſt, uſuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, niſi in ſtipulatum deductæ fuerint, *l. 1. l. 3. C. eod.* Huic autem ſpeciali juri forte cauſam præbuit utilitas & neceſſitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino ſunt neceſſariæ, & quarum ob id uſu minus carere poſſumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æſtimatio & pretium ſubinde mutatur, pro varietate locorum & temporum, *§. ſi quis agens. Inſt. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc cauſam *διὰ τὸ ἄδηλον τῶν καρπῶν*, placuit majores recipere uſuras frugum quam pecuniæ mutationem, *l. oleo, 23. C. de uſur.* de quo præclara quædam apud D. Salmaſ. *lib. de modo uſur. c. 8.*

4. At poſt tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta ſunt conſtitutionibus Principum. A Theodoſio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur, *l. ad exactionem, 6. C. de dot. promiſ.* Quamquam autem Connanus *lib. 5. comm. c. 3.* & Donellus ad *l. legem 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda eſſe conventionem, cui ſubſit cauſa, videlicet ipſa nuptiarum coitio; propterea quod promiſſioni dotis ſemper inſit hæc conditio, *ſi nuptiæ fuerint ſecutæ*, *l. ſtipulationem, 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promiſſionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*; tamen magis eſt, ut id falſum ſit. Nam ſi ratio illa, qua utuntur, bona eſſet, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in ſe negotium & cauſam, quod utique aperte falſum eſt. Sed nec quodlibet factum ad conſtituendum contractum innominatum intervenire ſufficit, verum tale intervenire neceſſe eſt, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod ſit fundamentum *συναλλάγματος* & actionis civilis. At tale factum non eſt, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex cauſa *facio ut des* datur actio aut præſcriptis verbis in id, quod intereſt, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum eſt in caſu propoſito, & dos plerumque exigitur condictione certi. Quid quod & poſt contractas nuptias dos promitti poteſt, ut hic quoque pactum ſit utile ad exactionem, per *d. l.* Denique novum in *d. l. 6.* jus conſtitui ex eo ſatis apparet, quod etiam ante illam conſtitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit, *l. 5. §. 3. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb.* & recte itaque Græci apud Harmenop. *lib. 4. tit. 8. §. 13.* *ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα*, i. e. *ex nuda promiſſione pater dotem debet*. Cæterum hujus diſputationis nulla amplius hodie videtur eſſe utilitas, poſtquam auctoritate conſtitutionis Juſtinianeæ *l. un. C. de rei ux. act.* ſemper fingatur interveniſſe ſtipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD. comm. poſt Gloſſ.* Cyn. & Salic. *in d. l. 6. de dot. promiſſ.* diſſentit tamen Fortun. Garz. *in l. 6. ff. hoc tit. n. 23. & ſeqq.* contendens ſtipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi interveniſſe in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expreſſe repugnent.

5. Conſtitutione Juſtiniani confirmatum eſt pactum donationis, quod in præſens conceptum eſt, ſeu quo quis in præſentia ſe donare dicit, veluti,

Digitized by Google

veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Juſtinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui, *l. ſi quis argentum, 35. §. ult. C. de donat.* §. 2. *Inſt. eod.* Quod ſi pactum donationis cauſa in futurum conceptum ſit, veluti ſi quis dixerit, donabo tibi centum aureos; manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus, in fin. C. de appell.*

6. Ejuſdem Principis conſtitutione Novella 136. c. 4. cautum, ut uſuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπράται ſive argentarii, dum multis ſe periculis immiſcent, ut ingruentibus aliorum neceſſitatibus medeantur. Eandemque ob cauſam placuit certas uſuras, & quidem beſſes, argentariis præſtandas eſſe, etiamſi modus certus uſurarum dictus non ſit: quod in aliis non habet locum, *l. quod in ſtipulatione, 31. l. tutor. 41. §. ult. ff. de uſur.* τις γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἐπαρκεῖν ὄντας βοηθεῖν οὐκ ἂν οὐκ δίκαιον ὑπὸ τοιαύτης λιτότητος ἀδικεῖσθαι, ait Juſtinianus *d. Nov. 136. c. 4. lib. 24. Baſil. tit. 4. c. 4.*

7. Poſſunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata ſunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut ſenatuſconſultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipſo Cicerone *act. 3. in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie poſtquam ex confirmatione Juſtiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam cæteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure noſtro occurrunt, conſtitutum ſive conventio, qua quis citra ſtipulationem conſtituit ſe ſoluturum, quod vel ipſe, vel alius debet, *t. ff. & C. de pecun. conſtit.* item conventio de pignore, *l. ſi tibi 17. §. 2. ff. hoc tit.* ubi Juriſconſultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem naſci, hoc nimirum ſignificans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique conſtitui jus in re, *l. 1. ff. de pign. act.* ac pro re iſta perſequenda etiam actionem creditori edicto propoſitam eſſe, actionem videlicet in rem, Servianam vel quaſi Servianam ſive hypothecariam, §. *item Serviana, 7. Inſt. de Action.*

8. Poſterioris generis pacta legitima, quibus ſcilicet ipſo jure obligatio & actio tollitur, ſunt, ne furti, ne injuriarum agatur, *l. ſi ſibi, 17. §. 1. l. ſi unus, 27. §. 2. verſ. ſed ſi pactum, & §. 4. ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis paciſci expreſſe permittit, *l. 7. §. ſi paciſcar, 14. in fin. ff. eod.* Gell. *lib. 20. c. 1.* Non obſtat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur, *l. 4. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo caſu accipiendum eſt, quo quis paciſcitur, poſtquam jam res deducta eſt in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox ſubjicitur ex Paulo *l. 5. d. t.* utique ſi cum pretio quantocunque pactus ſit, *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipſo jure pacto tollatur, licet pactos ſequatur infamia. Ad hoc poſterius genus videntur etiam referri poſſe duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari ſolitæ, addictio in diem, & lex commiſſoria; utpote quæ & ipſæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ ſunt, ut exiſtente conditione conventionis contractus ipſo jure reſolvatur, etiam poſtquam res integra eſſe deſiit, ſecuta ſcilicet traditione, niſi aliud diſerte placuerit, *l. 2. ff. de addict. in diem l. 1. l. 2. ff. de leg. commiſſ.*

9. Optime igitur Juriſconſultus Græcus reſponſio περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγὰς, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν, προσαγορεύονται καὶ διὰ τοῦτο ἐσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγὴ, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγὴ, ἅτινα καὶ λεγιτίμους κονβεντίονας ἐπικέκληνται, id eſt, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel SCto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujuſmodi vim ac poteſtatem acceperunt a legibus aut conſtitutionibus ſpecialiter de ipſis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio naſcatur, & ipſo jure diſſolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujuſmodi autem hæ conventiones ſint, mox declarat hujuſmodi θεματισμοῖς ὅτε ἐπαγγέλλομαι προικίζειν τινὰ καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνεῖ λαμβάνειν τόκους; ὥσπερ καὶ ἐπὶ τῷ ἐνεχύρῳ γενόμενον σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανὴν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον, καὶ αὐτὴ τὸν ἐξ λέγε κονδικτίκιον, id eſt, *cum alicui medotem daturum polliceor, & cum civitas pecuniam fœnori dans uſuras ſibi paciſcitur, ſi ut & facto ſuper pignore pacto, licet tacita ſit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto parit hodie condictitiam ex lege. Et* iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipſo jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τὴν καὶ τὰς *injuriarum*.

10. Stipulatio quoque legitima conventio eſt, quia contractus eſt juris civilis, a quo & formam accepit: nam cum ſit conventio, *l. 1. §. 3. ff. hoc t.* nec tamen conventio juris gentium, neceſſe eſt, aut manca ſit diviſio Juriſconſulti in *l. 5. ff. eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non poſſit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium eſto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam conſtitutionibus. *Inſt. de liter. oblig.* Cæterum in contractu literarum non ex nudo & ſimplici conſenſu oritur obligatio, ſed ex literis, ſicut in ſtipulatione & acceptilatione verbis contrahitur

aut.

Digitized by Google

aut ſolvitur, non conſenſu ſolo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus, adjiciendo certam formam, interdum ſimpliciter confirmando: & hujus poſterioris generis conventiones proprie in uſu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut ſupra dixi, manente ſimplici ac nuda conventionis forma ſpeciali aliqua lege aut conſtitutione confirmantur; arg. *l. legitimæ, 6. ff. hoc t.* αἱ ὑπὸ νόμῳ τινὸς ἢ δόγματι ἰδικῶς κυρωμένα, ut Græci.

CAPUT V.

De conventionibus nudis.

1. *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illuſtrata.*
2. *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3. *Pactum non deſinit eſſe nudum interveniente ſcriptura.*
4. *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5. *Nudam conventionem paſſim in libris noſtris appellari pactum ſimpliciter.*
6. *Pactum nudum non explicationis tantum cauſa dici, ſed etiam diſcretionis.*
7. *Vox* nudum *quid hic ſignificet.*
8. *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti eſſe ſpeciem.*
9. *Confutatio argumenti primi.*
10. *Contradicentia eſſe, aſſerere pactum aliquod eſſe nudum, & negare id pactum eſſe.*
11. *Vocem* nudus *notam eſſe diſcretionis, non alienationis.*
12. *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud ſignificari, quam duorum aut plurium in idem conſenſum.*
13. *Nunquam ſignificari conventionem aliquam oppoſitam pactioni.*
14. *Nuſquam indefinite traditum ex pacto actionem naſci: ſed contrarium, non naſci.*
15. *Apud Ulpianum* l. 7. §. 4. hoc tit. *aliter legi in pleriſque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriuſque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*
16. *Quid ſit, placiti fine ſtare.*
17. *Pactum nudum etiam id, quod ſerium: alias pacti nomen non mereri.*
18. *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

PRIVATÆ juris gentium conventionis ſpecies ſunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam veſtitam vulgo magiſtri juris appellant, & pactum veſtitum, verbo magis, quam ſenſu inconcinno. Diviſio hæc fundata eſt in *l. juris gentium, 7. §. 1. 2. & 4. ff. h. t. l. ſi dominus, 8. l. ſolent. 15. ff. de præſcr. verb. l. legem, 10. C. h. t.*

1. Nuda conventio eſt, quæ in nudis placiti finibus ſtat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi cauſam præter conventionem, *dd. ll. l. ſi tibi, 27. C. de locat.* ut ecce, ſi inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem; tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hæreditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & ſimiles nudæ ſunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen tranſeunt, nec in his ad conventionem alia cauſa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; ſed ſolo placiti fine ſtant.

2. Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ ψιλὰ σύμφωνα vocant, definiunt, nempe quæ neque εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, οὔτε ἐπὶ τοῦ πρωτοτύπου ἵστανται γένους *reſponſ.* περὶ ψιλ. συμφ. & mox iterum *ibid.* νῦδον γάρ ἤτοι ψιλόν ἐστι σύμφωνον, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἱστάμενον, ἠγουμένως πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει. *Nudum pactum eſt, quod non tranſit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non ſtat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat,* & apud Harmenopolum *lib. 1. tit. 9.* περὶ ψιλοσυμφ. εἴγε μὴ προηγήσεται δόσις, ἀλλὰ μόνον συνῇ ἐπὶ δόσει. *Cum non præceſſerit datio, ſed tantum de dando convenerit.*

3. Et quamvis igitur ſcriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum eſſe deſinit, arg. *l. 7. §. quod fere 12. ff. h. t.* quippe ſcriptura vim pacti mutare non poteſt, cum non ſit cauſa obligandi, ſed duntaxat probationis gratia adhibeatur, *l. 4. ff. de inſtrum.* hoc etiam D. Salmaſ. *ubi ſup. c. 12.* Quod ſi talis conventio lege vel ſenatuſconſulto adjuvetur, jam quidem ſuo ſenſu non amplius nuda eſt, ſed tum fit conventio legitima, *l. legitima, ff. hoc tit.* Cæterum etiam hujuſmodi pacta nuda appellari ſolent, reſpectu ſcilicet ſimplicis formæ conventionis, & ad differentiam ſtipulationis, *l. etiam, 30. ff. de uſur. l. frum. 12. C. eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4. Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta ſi opponatur non conventioni diverſæ, ſed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ ſunt a traditione, etiamſi alias nudi placiti terminos egrediantur, *l. traditionib. 20. Cod. hoc t. l. qua ratione, 9. §. interdum, 5. ff. de acq. rer. dom.*

5. Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, ſæpe etiam in libris Juris noſtri pactum ſimpliciter appellatur, *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 4. & ſeqq. ff. h. t. l. legem, 10. C. eod. l. ſolent, 15. ff. de præſcr. verb. l. ſi tibi, 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 5. §. 2. ff. de ſolut. l. 5. C. de contr. ſtipul.* Ex quibus locis apparet idem valere,

Digitized by Google

lere, ex pacto actionem non naſci, atque ex nudo pacto non naſci. Neque tamen ideo aſſentiendum Cujacio ad *l.* 1. *ff. hoc tit.* aut Weſemb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ διαστολὴν, ſed pactum omne, ut nudum eſt, ita etiam ſic appellari ſuo perpetuo epitheto, explicationis cauſa, non diſtinctionis, quaſi eſſet aliquod pactum, nudo oppoſitum & veſtitum: nam quod nudum pactum etiam ſimpliciter pactum appellatur, id fit more Juriſconſultis uſitato, quibus familiare eſt, idem nomen nunc in genere, nunc in ſpecie uſurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Weſembecius verbis *d. l. ſolent.* 15. *ff. de praeſcr. verb.* ubi Ulpianus ex propoſita conventione actionem oriri ait, quia non ſit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non naſci, item *d. l. legem*, 10. *C. h. t.* quo loco Imperator, quod dici ſolet ex pacto actionem non naſci, id tunc obtinere reſcribit, cum pactum nudum eſt. Unde profecto plus quam manifeſtum eſt, pactum nudum non tantum explicationis cauſa dici, verum etiam diſcretionis gratia, quod quædam pacta ſint non nuda, quæ docendi cauſa interpretes vulgo appellant veſtita, non tam inepto ſenſu, quam nomine: nec tamen nomine prorſus inepto.

6. Nudum autem hic minime vox eſt alienans, ut quidam auſi ſunt aſſerere ſine ulla auctoritate & contra perpetuum uſum juris & omnium ſcriptorum, ſed nudum dicitur per tranſlationem ſolum & ſimplex quod tantum pactum ſit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. ſi tibi*, 27. *C. de locat.* quod nudo ſine placiti ſtat; unde & ſolum pactum dicitur, *l. major annis*, 23. *C. de pign.* Similis translatio eſt, cum nudum conſenſum, nudam proprietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, ſimplex, nullis velata coloribus ψιλοὶ λόγοι apud Ariſtotelem 3. *Rhetor.* oratio proſa & ſoluta, quaſi nuda ornamentis, minimeque conveſtita, & apud Demoſthenem κατ' ἀφοδὸν, ψιλοὶ λόγοι opponitur ἐγκατασκευῇ, oratio nuda ornatæ veſtitu apud Ciceronem *lib. declar. orat.* Quamobrem cum de re conſtet, hoc eſt, eſſe quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile ſit de nomine litem movere & offendi verbo *veſtiti*, quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto diſtinguant, quod nudum non eſt. Denique tantum non meræ nugæ ſunt, quæ ſuperiori diſtinctione objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quoſdam acutos vocant, ideo alii ſint obtuſi: ut enim ita non appellentur, ſunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppoſiti, quocumque tandem nomine eos appelles. Illum ſane non acutum, ſed obtuſum fuiſſe neceſſe eſt, qui in publica diſputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & veſtitam, illico obmutuiſſe dicitur. Quoniam vero ſunt; qui hanc pacti in nudam & veſtitam diſtributionem ex alia parte vellicant, quaſi pactum nudum ſeu pactio aut conventio nuda non ſit ſpecies pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adverſus eos ſupra dicta diſtributio munienda ac ſtabilienda eſt. Quamquam autem tam portentoſa opinio ſatis ſolide nuper ab incerto quodam auctore confutata eſt; tamen quia id adverſariis ejus minime videtur objicientibus ei, quod quædam ſilentio præterierit, quia nihil ad ea potuerit reſpondere, aut quia argumenta eorum ſolvere non potuiſſet, ea commento eludere; quædam etiam ab iis eſſe dicta, quæ a nemine unquam audiverit; credo quia ſacris nondum initiatus erat, cui proinde myſteria aperire nefas: denique quia non ſatis bona fide cum eo agunt, e re erit ex integro cauſam iſtam hic tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum ſententiam contra novitium commentum, idque ſine ulla calumnia, ſine contumelia, ſine ullo convicio, ſale tantum aliquo aſperſo, ſine quo quicquid in hujuſmodi concertationibus ſcribitur, fatuum eſt. Illi vero invehuntur in hominem inſontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & conviciandi libidine, cui os ſine fræno, & cujus virus ipſa virtus provocet. Non ſunt hæc ἀγαθοῦ δαίμονος. Sed mittam iſta, ipſamque rem aggrediar ſuſcepta cauſa aſſumptaque perſona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, ſunt qui putant ſe non ignorare.

8. Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non eſt ſpecies pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus ſpecie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, & quæ nudo placiti ſine ſtat. Ex quo inferunt pactum nudum non poſſe dici duorum vel plurium in idem placitum conſenſum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus ſubſit cauſa propter conventionem: per cauſam autem intelligunt eam cauſam, quæ paciſcentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cujus perſonam nunc gero, tot eſſe puto errores, quot ferme verba.

9. Nam 1. pactum nudum & non nudum differre in jure noſtro, ut diverſæ pactorum & conventionum ſpecies diſtinguuntur, & inter ſe opponuntur. Reſpondent illi, hoc ipſum ſententiam ſuam omnino confirmare: nam ſi pactum, ajunt, a pacto nudo diſtinguatur, ut una ſpecies ab alia, non poteſt pactum nudum dici ſpecies pacti, non magis quam homo ſpecies bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diverſas eſſe pacti ſpecies, pacto, ut generi, ſubjectas: illi lectoribus imponunt, quaſi

dixiſ-

dixiſſemus, pactum & pactum nudum ſpecies eſſe oppoſitas: unde mox captant occaſionem oſtendendi, quam rudes parumque verſati ſimus in arte differendi.

10. 2. Contradicentiæ ſunt; aſſerere pactum aliquod eſſe nudum, & negare id eſſe pactum. Etenim contradictio hic eſt in adjecto, ſive oppoſitum in appoſito. Utique enim juxta regulam Logicorum ab eſt tertii adjecti ad eſt ſecundi adjecti valet conſequentia affirmando, v. c. ille eſt nudus homo, ergo eſt homo; illa eſt nuda oratio, ergo eſt oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos eſſe miſeros, & negantem tamen mortuos eſſe. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum aſſenſum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum conſenſum, &c. eſſe aſſenſum, approbationem, vocem, voluntatem, conſenſum? Sed ajunt non eundem eſſe tropum in voce *nudus* adjecta rebus cæteris, qui eſt in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox iſta non tantum reſtringens, ſed etiam alienans ſit; idque ex eo probant, quod definitio pacti ſive conventionis nudo pacto ſive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde eſt, ac ſi dicerent, orandum eſt pro mortuis, quia ſunt in purgatorio. Nam pro argumento & antecedenti ſumunt, & ſibi concedi poſtulant τὸ ἐν ἀρχῇ. id quod eſt in quæſtione; quæ manifeſta captio eſt: hoc enim inter nos eſt controverſum, an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat, quod illi ſoli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii eſt, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non eſſe, quia non habet cauſam; quoniam cauſam intelligunt, ut ipſi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam; hic enim iterum, quod maximum vitium eſt in differendo, ſumunt ἀμφισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem cauſam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere cæteri fere conſentiunt. Sed de hoc fuſius infra.

11. Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto eſſe alienantem, cum alias ſemper ſit diſcernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo ſcriptore, ubi vox illa ſignificet ἀλλοτρίωσιν, alienationem ſubjecti, cui adjungitur aut attribuitur. Eſt quidem vox στερητική, ſignificans privationem alicujus rei, quæ alias ſubjecto attribuitur aut attribui poteſt; & ſic etiam hic ſignificat privationem cauſæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum veſtiret: at nunquam eſt ἀναιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut ſignificet ademptionem aut corruptionem ſubjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12. Sed enim conventio, inquiunt, bifariam ſumitur, primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo ſignificatur etiam nudum pactum ſpecies ſit conventionis: deinde in ſpecie pro duorum vel plurium in idem placitum conſenſu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod ſtatim firmum ac efficax eſt, niſi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut ſpecies conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non eſſe ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in ſpecie ſumatur, exemplo eſſe nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem ſcio vocem conventionis eſſe πολύσημον, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. ſignificat, ſed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam ſignificationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum γενικῶς acceptum, denotatque ſemper duorum aut plurium in idem placitum conſenſum, *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. h. t.* Concedunt quidem illi conventionem ſignificare duorum vel plurium in idem conſenſum, ſed addunt, cum pro pacto & pactione uſurpatur: ſed oſtendant id verbis aliter uſpiam uſurpari in pactorum materia. De pacto idem non dicunt, quia prior illa ſignificatio pacto non convenit, attamen fateri debent, velint nolint, cum pactum nudum opponitur pacto non nudo, pacti verbo in genere ſumpto etiam pactum nudum, tanquam ſpeciem contineri; ac proinde etiam ſpeciem eſſe conventionis ſignificatione poſteriore, pluriumque in idem placitum & conſenſum, aut ſi non eſt, ne nudum quidem pactum dici poteſt, non magis, quam ſimia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure noſtro interdum generis nomina eſſe, interdum ſpeciei, quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in ſpecie pactum nudum ſignificatur, veluti cum dicitur ex pacto non naſci actionem: ſed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum uſurpatur in ſpecie pro conventione aliqua oppoſita pacto? Generale eſſe hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi transigendique cauſa conſentiunt, qui inter ſe agunt, *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* nuſquam ad ſpeciem aliquam conventionis, quæ pactum non ſit, contrahitur: Adoptio & cognatio cum ſint nomina generis & ſpeciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem in ſpecie dictam; eſtque hæc diviſio rei, & generis in ſpecies. At ſi quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monſtri erit? Quis non exſibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud eſt conventum, aliud fixum? aut qui jus diſtribuat in liquorem & legem? Non ſunt hujuſmodi διαιρέσεις, diſtributiones rerum, aut generis in ſpecies; ſed vocabuli æquivoci diſtinctiones in ſua æquivocata.

14. Sed neque captione caret, quod ajunt de con-

Digitized by Google

conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nuſquam enim hoc indefinite traditum; ſed quod quædam conventiones actionem pariant, & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus tranſeunt, vel quæ accedente cauſa in ſpeciem συναλλάγματος cadunt, *l. juris gentium*, 7. *pr.* §. 1. & 2. *hoc tit.* ex cæteris expreſſe negant juris noſtri conditores actionem naſci, niſi vel ſpecialiter confirmatæ ſint, *l.* 6. *l. ſi tibi*, §. 2. *eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ, *d. l.* 7. §. *quinimo*, 5. *eod.* At contra non uno loco traditum eſt, ex pacto actionem non naſci. Reſpondent adverſarii loca iſta accipienda eſſe de pacto nudo. Fatemur: ſed tamen utique de pacto id eſt, plurium in idem placito & conſenſu. Quod ſi hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipſis familiare, pro argumento aſſumentes τὸ ζητούμενον ἀντ' ἀρχῆς: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui ſimpliciter & abſolute pactum appellent, quod pactum non ſit, dixerintque ex pacto non naſci actionem, cum hoc ſignificare voluerint, ex non pacto actionem non naſci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum ſit, cui nulla ſubſit cauſa propter conventionem, *l.* 7. §. *ſed cum nulla*, 4. *ff. hoc tit.* Cum autem illa locutio nullum omnino idoneum ſenſum habeat (quis enim ita unquam locutus eſt, conventioni nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, & quid hoc ſignificat?) illi tamen hunc, ſi diis placet, ſenſum verba iſta habere dicunt, cum nihil omnino ſubeſt, ex quo qui convenerunt, moveri potuiſſent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri: potuiſſe hoc exprimi elegantius. Nimirum neceſſe eſt vitioſos eum habere oculos, qui in luce tam perſpicua caligat. Conſtat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l.* 7. §. *ſed cum nulla*, 4. *hoc t.* occurrere lectionem: in pleriſque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conventionem, hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem*. In codice Florentino ſic, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem*. Cum vero nullæ ſint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo diſtinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teſte oculato *miſc.* 41. ac proinde ponere nobis ea, ſi docet ratio, & poſita undecunque expungere liberum ſit, auctore Auguſtino *lib.* 1. *emend.* 2. *q.* 8. ſi quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini ſecuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla ſubeſt cauſa propter conventionem, hic conſtat* &c. relicta, ut veroſimile eſt, per negligentiam nota diſtinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus poſita eſt, in quibus non *propter*, ſed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter*. Franciſcus autem Taurellius & Ludov. Charondas, quod & ſermonis ratio, & mens atque ſententia Juriſconſulti exigebat, locum ſic interpunctum ediderunt, *Sed cum nuda ſubeſt cauſa, propter conventionem hic conſtat non poſſe conſtitui obligationem*. Sive autem legas *præter* ſive *propter*, commate ante hanc particulam poſito, plana erit & recta oratio, eademque Juriſconſulti ſententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi cauſa ſubeſt præter conventionem, propter conventionem ſolam non conſtitui obligationem: quod & prorſus evincitur ex tota diſputatione Juriſconſulti. Cæterum & hic effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non ſignificare pactionem ſive plurium in idem placitum conſenſum; ſed neſcio quid aliud, quod non ſit pactum, niſi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

16. Largimur ultro pactum nudum eſſe conventionem, quæ placiti fine ſtat: ſic enim definitur, *l.* 27. *C. de locat.* At quid hoc eſt fine placiti ſtare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil eſſe amplius quam placitum: placitum tamen & conventionem ſeu pactionem, id eſt, duorum vel plurium in idem conſenſum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim eſſe ἰσοδυναμοῦντα, infinitis locis oſtendi poteſt, *l. ex certis*, 53. *ff. de judic. l.* 4. *ff. de ſervit. l. ſi filia*, 20. §. 3. *ff. famil. erciſc. l. ſi diviſionem*, 15. *C. eod. l. ſi plus*, *ff. de evict. l. diviſionis*, 55. *ff. hoc tit. l.* 8. *l. ſi pacto*, 14. *l. cum proponas*, 21. *l. ſi certis*, 27. *C. eod. l.* 7. *l. ſi diverſa*, 14. *l. cum proponas*, 17. *l. ſi profundo*, *C. de tranſact. l. pen. ff. eod. l.* 3. *l.* 4. *Cod. de rer. permut.* Sic ex converſo placitum uſque ad pactum ſtare dicitur, cum traditio ſecuta non eſt, *d. l. ſi diviſionem*, *C. fam. erciſc.*

17. Cum igitur nudum pactum ſit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat: tamen re vera & proprie tam pactum eſt, quam quod veſtitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam veſtito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamſi deliberato animo initum ſit, deque eo conſtet, ut in ſpecie *l. ſi certis*, 28. *hoc tit.* ubi ex temporaria illa præſtatione ſatis apparet ſeriam fuiſſe promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconſultæ, joculatoriæ aut ſimulatæ, aulicæ, & officioſæ adulationis promiſſiones ne nomen quidem pacti merentur.

18. Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis myſterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur eſt, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleuſinem viſeret, ex phano legiferæ Cereris hæc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipſe pater famulam voveo* &c. neſcio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento ſit eum ju-

ris

ris fuiſſe peritiſſimum. Nam etſi votum ſpecies eſt pollicitationis, quam ob cauſam ſummus juris antiſtes ſub titulo *de pollicitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi a nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum eſſe, quod ſoli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu ſolemni: filius autem familias aut ſervus ſine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poeta. Ille vero redux vota Cereri nuncupata ſolvit faciens bienni verre. Hæc pro incerto illo auctore; cujus defenſionem & patrocinium non tam ideo ſuſcepi, quia me eum eſſe, & per latus illius me palam peti quidam ſuſpicantur, quam veritatis tuendæ gratia.

CAPUT VI.

De vi nudarum conventionum.

1. *Ex nudo pacto, quamvis ſerio, jure noſtro actionem non naſci multis argumentis oſtenditur.*
2. *Reſpondetur objectioni ſumptæ ex* l. 1. pr. hoc tit.
3. *Jus civile Romanorum quibuſdam conventionibus vim coactricem detraxit, & quare.*
4. *Multa civiliter juſta, quæ naturaliter iniqua, ſi ex meris juris naturæ præceptis æſtimentur.*
5. *Exponitur* l. cum mota, 6. C. de tranſact.
6. *Declaratio*, l. ſolent, 15. de præſcr. verb.
7. *Declaratur locus obſcurus in* l. 3. §. quinimo, 4. de condict. cauſ. dat. *& occurritur objectioni ex eodem loco ſumptæ.*
8. *Si ex pacto daretur actio, cum conſtat de animo deliberato, etiam quando de eo non conſtat, danda eſſet.*

1. NUDA conventio ſeu pactum nudum, quamvis ſerium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non naſcitur, lib. 2. ſent. t.* 14. & Imp. in *l. ſi tibi, 27. C. de loc. ſi conventio*, inquiunt, *placiti fine ſtetit, ex nudo pacto perſpicis actionem jure noſtro naſci non poſſe.* Seneca *lib. 5. de beneſic. c.* 10. de lege civili & promiſſione non ſolemniter facta loquens, *Quæ lex*, inquit, *ad id præſtandum nos, quod alicui promiſimus, obligat.* Denique nihil in libris noſtris eſt vulgatius hac juris regula, ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non naſci, *l. juris gentium, 7. §. ſed cum nulla, 4. & ſeq. l. diviſionis, 45. ff. h. t. l. ſolent, 15. ff. de præſcr. verb. l. legem,* 10. *l. cum proponas, 21. l. ſi certis, 28. C. hoc t. l. ſive apud, 28. C. de tranſact. l. 1. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 5. C. de inut. ſtipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut.* Et hinc eſt, quod paſſim indebitum vocetur, quod pacto promiſſum eſt, *l. 5. §. 2. ff. de ſolut. l. ſi certis, 28. C. h. t. l. ſi non ſortem, 26. pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſcatur, auctore Paulo *lib. 2. ſent. tit. 22. §. ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis ſerium, licitum & honeſtum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: niſi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum eſſe jocularium aut luſorium, id eſt, conventionem aut pactum non eſſe; & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & ſimpliciter ex pacto actionem non naſci, hoc ſignificare, ex non pacto non naſci actionem: quod quam ridiculum ſit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum eſt, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem, 10. C. hoc tit.* ex pacto actionem non naſci: nullo autem juris loco traditum eſt, ex ſolo pacto licet juſto, actionem naſci, niſi exceptive, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel ſpeciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum eſt, *l. 6. l. ſi tibi, 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de conſtit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 5. ff. l. in bonæ, 13. C. h. t.* Quæ pacta etiam ſuo ſenſu poſſunt dici non nuda. Quod ſi ex quovis ſerio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia conſtituta dat, quam ſi conſtituatur, quod jam ante debitum fuerat? *d. l. 1. ff. de pec. conſtit.* an quia propter debitum præcedens hic conſtat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus conſtitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, menſura conſtant? *l. 2. C. eod. tit.* aut ſi cauſa ſubſit conſtituto, quid opus fuit prætorem ex ſua juriſdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus ſubeſt cauſa, naſcatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Denique quid tam inſulſum, quam quod quidam, interrogati, ſi pactum quodlibet ad obligandum ſit efficax, quid opus fuerit ſpeciatim ex pacto donationis neceſſitate juris adſtringere donatorem, quod primus fecerit Juſtinianus, reſpondent, conſtitutione Juſtiniani fingi donationi ſubeſſe cauſam, voluntatem ſc. exercendæ liberalitatis? Quaſi vero Juſtinianus etiam ubi donandi animus abeſt, eum finxerit adeſſe; ac non potius quia donator voluntatem ſuam aperte ac verbis in præſens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obſtrictum eſſe voluerit, qui jure gentium ſe manifeſte obſtrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut αὐχένιον habet, *fac. l. 1. 8. ff. de pecun. conſtit.* Poſtremo ſi cujuslibet juſti pacti ea vis eſſet jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem, [illegible] tolleret, *arg. l. 6. eod.* junct. *l. Arrianus,*

Digitized by Google

vianus, 47. *de O. & A. l. prout*, 80. *l. Stichum*, 95. §. 4. *ff. de ſolut.* quod tamen ſecus eſſe conſtat. Hæc tam aperta & clara ſunt, ut qui contra diſputant, non tam de veritate juris, quam de poteſtate conditoris diſputare videantur, quaſi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus eſſet, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave eſſe fidem fallere, nihilque tam congruum eſſe fidei humanæ, quam placita ſervare, *l. 1. ff. h. t.* Fateor: eſt enim fides rerum humanarum coagulum ſanctiſſimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,
Qua ſine non tellus pacem, non æquora norunt:
Juſtitiæ conſors, tacitumque in pectore numen.

2. Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes juſtæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adſtringimur ad præſtandum id, quod pacto promiſſum eſt, propter naturalem ſcilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius*, 84. §. 1. *ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus.* Et quia hæc obligatio conſcientias hominum devincit, cum ſit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum*, 95. §. 4. *ff. de ſolut.* ſequitur ei etiam ineſſe moralem aliquam neceſſitatem, id quod Paulus in *d. l.* 84. §. 1. ſignificat verbo, *oportet*, & grave eſſe hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullum hic eſſe reſpectu fori exterioris neceſſitatem.

3. Quamquam autem hoc ita eſt ex jure gentium, ut omnes honeſte conventiones ſervari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum obſervantiam, ſed utilitatis cauſa quibuſdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic ſola paciſcentium fide ſtaretur, ne ſi ex qualibet conventione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo, vel potius, quia Romani juris conditores honeſtius atque ad excitandum virtutis ſtudium conducibilius exiſtimaverunt, quædam relinquere hominum inter ſe ſpontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum neceſſitate adſtringere. In neceſſitatibus enim nullus eſt virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teſte Ariſtotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit? Auguſtinus laudans factum Sancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei poſtea natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat; *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere, ſed jure fori, non jure poli. c. ult. cauſ. 17. q. 4.* Nullam autem laudem meruiſſet Aurelius, ſi ad reddendum jure fori fuiſſet obſtrictus. Atque hoc ipſum puto ſignificare voluiſſe Ciceronem, *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum eſt, quod inter aliquos convenit, quod jam ita juſtum putatur, ut juri præſtare dicatur.* Cui ſimile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib. 2. Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ juri præſtare dicuntur*, quo haud dubie id ſignificatur, pacta legibus ipſis juſtiora & præſtantiora eſſe exiſtimari, quoniam in his implendis atque obſervandis probitas cujuſque & fides elucet, quæ bonis viris pro lege ſit, & omni jure antiquior. Nimirum auguſta innocentia eſt, ſecundum leges bonum eſſe. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas ſunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefic.* Futile vero eſt, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l. 6. ff. de juſtit. & jur. l. bona fide*, 31. *ff. de poſſ.*

4. Multa ſunt civiliter juſta, quæ naturaliter iniqua, ſi ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æſtimentur; qualia literarum obligatio, uſucapio, præſcriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali ſeu gentium tenetur quiſque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excuſantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unuſquiſque ex ſponſione ſua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio ſpondens. Itaque iſti, licet naturaliter obligati ſint (non enim vel patria poteſtas, vel ætatis ſexuſve imbecillitas jure naturæ diſſolvere poſſunt) tamen civiliter non tenentur. In materia ſucceſſionum quam longe recedit lex 12. tabularum ſimplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum ruſticorum efficax non eſt, niſi interveniente inſtrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla eſt, aut fuit, in qua longius ab eo jure receſſum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari poteſt: quæ ſi cum aliis populis ſtrictius jus gentium coluerit, id neceſſitatis fuit, ceſſante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in removendis jejuniis quibuſdam objectiunculis, cur lege civili hoc conſtitui nequeat, ut non niſi ſub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax ſit ad agendum, ex conſenſu naſcatur?

5. Objiciunt tamen & locos quoſdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem naſci. Loci ſunt *l. cum mota*, 6. *C. de tranſact. l. ſolent*, 15. *ff. de praeſcr. verb. l. 3. §. 4. ff. de condi. ca. dat.* Θεματισμὸς *d. l. cum mota*, hic eſt. Mater a filio immerito exheredata aut

Digitized by Google

aut præterita tranſegit cum ſcripto hærede, adverſum quem querelam moverat inofficioſi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite diſcederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perſeverans voluntate deceſſit. Cum portio promiſſa filiis iiſdemque hæredibus matris non præſtaretur, quæſitum eſt primo, poſſintne filii omiſſam a matre querelam redintegrare; deinde ſi non poſſint, an non ſaltem aliud remedium iis paratum ſit adverſus placita non ſervantem. Ad prius reſpondet Imp. Alexander, omiſſam ſemel querelam inſtaurari ab hæredibus matris non poſſe. Ad alterum, ſi ſtipulatio conventioni ſubdita fuerit, ex ſtipulatu actionem competere, aut ſi omiſſa ſit verborum obligatio, tum actione præſcriptis verbis diverſam partem, ut promiſſa præſtentur, poſſe conveniri. Igitur, inquiunt, quod tranſactionis cauſa promiſſum eſt, etſi pacto tantum & citra ſtipulationem, id nihilominus peti poteſt, & competit eo nomine præſcriptis verbis actio. Reſpondeo, non eſt in ſpecie hic propoſita pactum aut conventio nuda, ſed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi cauſa præter conventionem, & quæ ſic conſtituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri tranſigenti pars bonorum promiſſa eſt, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promiſit ſe a lite diſceſſuram, quod & re implevit: morte enim ſua & ſilentio ſic finivit litem de inofficioſo, ut ab heredibus ejus non poſſit inſtaurari. Ubi autem pactum, quamvis tranſactionis cauſa interpoſitum, intra terminos placiti conſiſtit, nulla ex eo jure noſtro actio naſcitur, *l. cum proponas*, 21. *C. de pact. l. ſive apud*, 28. *C. de tranſact.* Hotom. Don. poſt Gloſ. & DD. *comm. ad d. l. cum mota*.

6. Alter locus, qui objicitur, eſt *l. ſolent*, 15. *ff. de præſcr. verb.* ubi ita Juriſconſultus; *Quod ſi ſolutum quidem nihil eſt, ſed pactio intercesſit ob indicium, hoc eſt, ut ſi indicaſſet, apprehenſuſque eſſet fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an poſſit agere. Et quidem*, inquit Juriſconſultus, *iſta conventio non eſt nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: ſed habet in ſe negotium aliquod*: *ergo*, inquit, *civilis actio oriri poteſt, id eſt, præſcriptis verbis*, &c. Igitur inquiunt, hic ex ſola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam eſſe, quæ in ſe negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Juriſconſultus expreſſe negat in ſpecie a ſe propoſita ex pacto, id eſt, ex ſolo pacto, actionem naſci; atque conventionem iſtam habere in ſe aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit cauſam aliquam accedentem ad conventionem, quæ ſit fundamentum συναλλάγματος & actionem civilis, ut ipſe hoc alibi explicat, *l. 7. §. 2. h. t.* atque in propoſito factum ſeu indicium actoris præmium pro eo promiſſum petentis. Itaque cum ait Juriſconſultus, *videamus an poſſit agere*, perinde hoc eſt, ac ſi dixiſſet, videamus an qui ſuſcepit ſe indicaturum eſſe ſervum fugitivum, is poſtquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere poſſit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Juriſconſultus actionem concedens ſupponit actorem, quod recepit impleviſſe, quo ſubſecuto conventio deſinit eſſe nuda, & incipit in ſe habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet, conſtituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honeſtas vel naturalem ex Jure gentium obligationem producit: imo contra obſtat etiam ipſa hujus juris ratio. Sed & illi ipſi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujuſmodi conventione cum effectu agi poſſe, quam res ſecuta ſit, licet obligatio ſtatim naſcatur: in quo tamen & ipſo errant, cum hic deſit fundamentum obligationis, ut plene demonſtrabitur *c. 8.*

7. Tertius locus eſt Ulpiani in *l. 3. §. quinimo*, 4. *ff. de cond. cauſ. dat.* Verba hujus loci ſunt; *Quinimo etſi nihil ſibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro ſibi competere actionem, quæ ex hoc contractu naſcitur, id eſt, condictionem, defuncto quoque eo.* Primum quæro, qualis ſit illa condictio, quam ait ex contractu propoſito naſci? Non utique condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, de qua conceptus eſt titulus, cum nihil datum proponatur, ſed tantum placitum, ut daretur, & condictio ex notiſſimo Juris uſu, præſertim in hoc tractatu, ſignificet alicujus rei, quæ a nobis profecta ſit, repetitionem. Dices Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis. Jam iterum quæro ubi actio præſcriptis verbis in jure noſtro appelletur condictio? Imo a condictione perpetuo diſtinguitur, *l. 5. §. 1. & ſeq. ff. de præſcr. verb.* tum condictio vulgare eſt & uſitatum actionis nomen, certam ſolemnemque formulam habens; cujuſmodi actionibus deficientibus demum actio præſcriptis verbis datur, *l. 1. l. 2. & ſeq. d. t.* Sed concedamus Juriſconſultum intelligere actionem præſcriptis verbis, quid hac actione perſequemur, certamne ſummam, quæ promiſſa ſit? Minime ſic enim diceremus ex hujuſmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, cæteriſque cauſis & obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. certi condictio*, 9. *ff. de reb. cred.* quod falſum eſt. Nam præſcriptis verbis actio non ſolum nomine & titulo actionis incerta eſt, ſed etiam rei petitione, competens in id ſolum, quod intereſt, etiamſi de re certa danda convenerit, *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præſcr. verb. l. 4. & 2. ſeq. C. de rer. permut.* id autem, quod intereſt, incertum eſſe conſtat, *l. ſi pœnam*, 68. *de verb. obl. l. quatenus*, 24. *de reg. jur.* unde etiam actio hæc incer-

Digitized by Google

certa, *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. ſtipul.* & paſſim actio incerti dicitur, *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. ſeq. ff. de præſcr. verbor.* Itaque in actione præſcr. verb. non ſervatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propoſitum: ſi ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra menſem manumittas*, Sticho ante manumiſſionem intra menſem mortuo, tibi competit actio præſcriptis verbis; ea autem actio non competat, niſi in id, quod intereſt, ſequitur neceſſario ex ſola conventione hic actionem non dari: ſed ita demum, ſi is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei abſit, quod alioqui facturus non fuerat, puta ſi jam ſumptus fecerit neceſſarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta ſervum non vendiderit, quod alioqui facturus erat. per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* ut quibus caſibus & quatenus ceſſat condictio ſive repetitio, ſi datum quid ſit, iiſdem caſibus & eatenus competat actio præſcriptis verbis, ſi promiſſum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum ſint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*: neceſſe eſt, ſi ſpeciem propoſitam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipſa nomina demonſtrant: nam dabo ut facias, vel faciam ut des, non eſt contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a ſimplici conventione, ſed a datione aut facto ad conventionem accedente naſcatur & incipiat *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* niſi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber, *in ration.* dicendum eſt locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des*. Quid ſi dicamus in ſpecie propoſita cauſam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod caſu fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sane ubi jam quid datum eſt ob cauſam, cauſa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non ſtetit, quo minus cauſam impleret: & ſic ex caſu fortuito liberatio ſequitur, ceſſatque ob cauſam dati condictio, *l. 3. §. quid ſi ita, 3. ff. de cond. cadat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. verſ. ſed ſi ſcyphos, ff. de præſcr. verb. l. 1. §. Divus, 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam eſt communis interpretum ſolutio.

8. Effectum igitur eſt, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non naſci, licet ex cauſa honeſta facta ſit, ſerioque ac deliberato animo inita, utut etiam de eo conſtet. Quod ſi enim actio ex ea daretur, cum conſtat de animo deliberato, etiam quando non conſtat interim danda eſſet, ut fit in cæteris cauſis omnibus, ex quibus obligationes & actiones naſcuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præſumptio, ſerio quoque interpoſitam fuiſſe: alias quælibet conventiones & pacta paſſim eludi poſſent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri ſolet, præſertim ubi quid aſſerendum eſt, quod latet in conſcientia ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim ſoli Deo notum, ſerione promiſſio aliqua facta ſit, an ſecus? verum etiam promittenti.

CAPUT VII.

Aliarum gentium & hodie moribus noſtris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1. *Jure naturæ & gentium pacta quævis ſeria obligationem efficacem parere.*
2. *Franciſci Connani contraria ſententia refellitur.*
3. *Apud alias gentes ignotam fuiſſe illam Romanorum inter pactum & ſtipulationem, &c. diſtinctionem.*
4. *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5. *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6. *Moribus quoque hodiernis pacti ſimplicis eandem vim eſſe, quæ eſt ſtipulationis jure civili.*

1. ETSI conventiones nudæ, quantumvis voluntate ſufficienter ſignificata, legum Romanarum vinculis adſtrictæ non ſunt; ad earum tamen obſervationem naturæ & gentium jure adſtringimur: Nihil enim æquitati naturali magis conſentaneum eſt, quam ſtare conventis, placita, fidemque ſervare; quod etiam prudentum reſponſa declarant, *l. 1. pr. ff. h. t. l. 1. ff. de pecun. conſtit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet juſta pactio obligationem parit naturalem: eaque obligatio, ſi unam dempſeris actionem, eoſdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis ſimul, de quo agemus poſtea: unum tantum hic exempli cauſa proferam, ſi ex pacto quid ſolutum ſit; licet enim id ſolutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem noſtro, repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur, *l. naturales, 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuſſ.* & hoc quoque ſignificat Paulus in *l. cum amplius, 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem ſecuti ſumus. Agit enim illic de condictione indebiti, quæ ceſſat, ſi quid ex qualicunque pacto ſolutum ſit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2. Itaque minime admittenda eſt ſententia Franciſci Connani *lib. 1. comm. cap. 6. & 5. c. 1.* fatentis quidem conſentaneum eſſe æquitati na-

turali, & honeſtum, pacta ſervare, negantis tamen id eſſe neceſſarium, & negantis in univerſum ea pacta, quæ non habent συνάλλαγμα, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli noſtri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem ſecuti ſumus, pronunciat jure gentium dare oportere, quo verbo utique vinculum juris & moralis ſignificatur neceſſitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promiſſis vim tribuit, ut fundamentum juſtitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri poteſt, cur leges, quæ quaſi pactum commune ſunt populi, quo nomine a Demoſthene adverſus Ariſtogitonem, & a Papiniano noſtro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere poſſent; voluntas autem cujuſque hoc ſerio agentis, ut ſe obliget, idem non poſſit. Admiſſa denique Connani ſententia, ſequeretur, nullam inter reges & diverſos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præſtitum eſt, jure gentium vim eſſe, præſertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut ſponſionum reperta eſt, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 11.*

3. His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem, & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit ſubtilis illa differentia inter pactum & ſtipulationem. Romanorum ſunt hæc tam multa & diſtincta quaſi rerum diverſarum vocabula, ad anxiam quandam formularum ſuperſtitionem adſtricta, pactum, ſtipulatio, conſtitutum, actio conſtitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ diſcrimina jus naturæ ignorat. Quin & Paulus Juriſconſultus ipſe hoc fateri videtur *lib. 2. ſent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non naſcitur*, quaſi dicat non negare ſe, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non ſubjectos actio ex pactis naſcatur. Idem quoque haud obſcure innuunt Imperatores in *l. ſi tibi, 27. C. de locat.* *Si conventio*, inquiunt, *placiti fine ſtetit*, (id eſt, ſi ſtipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perſpicis actionem jure noſtro naſci non poſſe*, quaſi dicant, etiamſi maxime aliarum gentium jure naſcatur: & ideo ſtipulatio pactis ſubjici debebat, ut ex ſtipulatu actio naſceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. ſi tibi, 27. C. de locat. l. petens, 27. C. hoc titul.*

4. Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obliganterque actionem producere, communis eſt Canoniſtarum ſententia. Felin. *in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact.* Panorm. & Imol. *ib.* Covar. *in c. quamvis, eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego ſententiam veram quoque eſſe non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos Alciat. *lib. 5. paradox. 3.* Connan. *5. comm. 3.* Ant. Fab. *ad l. juris gentium, 7. §. ait prætor, 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod ſumptum ex concilio Carthaginenſi) ita loquitur Antigonus Epiſcopus; *Aut inita pacta ſuam obtineant firmitatem, aut conventus Eccleſiaſticam ſentiat diſciplinam. Dixerunt univerſi, Pax ſervetur, pacta cuſtodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujuſmodi pacta etiam prætor ſervat data exceptione: ſed de eo, qui ſe alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor δύναμιν ἀναγκαστικὴν quam jus civile iis detraxit, non reſtituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studioſe agendum eſt, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Ecce non ait, quando quis pactus eſt, ne petat, quod eſt pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: ſed quando quis ex promiſſione ſe obligavit, quod pactum eſt obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam eſt inſcriptio ex Gregorii regiſtro, *Judex debet ſtudioſe agere, ut promiſſa adimpleantur.* En ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto ſe obligavit: eſt enim titulus ille *de pactis*. His adde quod præſumendum eſt, auctores juris Canonici in caſu conſcientiæ, ne peccatum foverent, ſecutos eſſe jus naturale & divinum: utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ ſunt ac validæ.

5. Fallitur ergo Cujacius, aſſerens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet juſta conventione, etiam nuda, naſci actionem, quaſi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor *l. juris gentium, 7. §. ait prætor, 7. ff. h. t.* Pacta quidem ſervari debent jure pontificio, inquit, ſed ſuo nempe modo, ut ea ſervat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam oſtendimus, in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promiſit, impleat: & porro igitur etiam futile eſt quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non eſſe introducendum diſcrimen ſine canonis alicujus auctoritate, *c. 1. & 2. extr. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expreſſos canones allegavimus. Obſtat tamen, inquiunt, quod in *d. c. 1. ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis ſubjicitur, qui non præſtat id, ad quod ſe pacto obligavit. Imo contra recte arguas: ſi adverſus eum pœna excommunicationis ob fidem non impletam ſtatuitur; multo magis adverſus eum, ſi obnoxius ſit ulli foro ſæculari, judicium in illo foro inſtitui poterit, quod eſt levius. Unde etiam ſtatim in *d. c. 3. ext. eod.* Gregorius judici ſæculari id mandar ut pacto promiſſa curet impleri judicio in eam rem dato. Falſum autem eſt, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum eſſe, ubi

ordi-

Digitized by Google

ordinarium remedium deeſt, per *c. novit*, 13. *ext. de judic.* Nam in *d. c. novit*. Pontifex duntaxat Eccleſiaſticam cenſuram ſtringit & exercet in regem Galliæ Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno ſuo major, Judicio civili aut actione aliqua inſtituta conveniri non poterat: cum reges jus in armis poſitum habeant: nec aliud ſtatuitur *d. c. novit.*

6. Et communem hanc Canoniſtarum ſententiam, aut potius expreſſos juris canonici textus, ſequuntur hodie mores noſtri, daturque hodie etiam ex nudo & ſimplici pacto actio: pactiſque eadem vis tribuitur quæ eſt ſtipulationis jure civili: Gud. *lib. 3. de jur. nov. c. 5.* Grot. *lib. 3. introd. ad juriſpr. Bat. c. 2.* ſicut & pleraque alia ad ſimplicitatem juris gentium redacta ſunt. Tantum meminerimus diſtinguendas eſſe promiſſiones ſerias, meditatas & conſtantes, ab inconſideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non diſpoſitive, ut loquuntur, nec ſerio, ſed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officioſe adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem ſervandis ſumma nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, ſolemnibus illis & ſcrupuloſis juris civilis ſublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promiſſorum ſervare, ut fiat, quod dictum, ſive nudis verbis, id eſt, nudo pacto, verbis ſolemnibus, id eſt, ſtipulatione fides data ſit.

CAPUT VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta veſtita.

1. *Quid ſit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoſcatur.*
2. *Contractus quid ſit.*
3. *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*
4. *An permutatio ſit contractus nominatus.*
5. *An actio æſtimatoria deſcendat ex contractu nominato.*
6. *Tranſactio nec nomen contractus eſt, nec ſpecies.*
7. *Contractus innominati, eorumque ſpecies.*
8. *Quid nomine cauſæ noſtri intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo cauſa ſubſit, actionem naſci.*
9. *Illuſtratur res exemplis.*
10. *Falſum eſſe, quod quidam tradiderunt, cauſam in propoſito ſignificare id, quod paciſcentes movit, ut convenirent, &* N 19.
11. *Poſita pura & efficaci obligatione, neceſſario ponitur & actio efficax.*
12. *Actionem præſcriptis verbis dari non poſſe ei, qui nihil dum fecit aut præſtitit.*
13. *Refutatur futilis quædam diſtinctio inter obligationem & actionem, quæ naſcatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus.*
14. *Eadem claro refellitur per* l. 3. Cod. de rer. permut.
15. *Item per* l. diverſionis, 45. hoc tit.
16. *Item per* l. contractus, 17. ſub fin. C. de fid. inſtr.
17. *Nemo ab obligatione ſemel conſtituta invito adverſario recedere poteſt, &* N. 23.
18. *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob cauſam præteritam, ſeu ex neceſſitate obligationis notæ ex ſola conventione, ſed ob cauſam futuram, ut accipiens illa datione,* &c. *efficaciter obligetur.*
19. *A conventione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*
20. *Natura contractuum innominatorum.*
21. *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*
22. *Definitio contractus a Labeone tradita l.* 19. de verb. ſign. *non contractus omnes, ſed* [illegible] *tantum complectitur.*
23. *Contractum a Theophilo minus recte definiri.*
24. *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus eſſe, aut cum contractibus confundenda, ſed manere pacta nuda, ſi per ſe ſpectentur.*
25. *Græcos quoſdam pacta legitima a nudis ſegregare, contractibus adjecta non item.*

1. CONVENTIO non nuda ſive veſtita eſt, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoſcitur, ſi proprium conventio nomen ſortita ſit, vel ſi conventioni ſubſit cauſa agendi, quod ab Ariſtone Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium*, 7. §. 2. *h. tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur *l. ſolent*, 15. *ff. de præſcr. verb.* & negotium civile *l. 1. ff. de æſtim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque noſtro obligationem & actionem producunt.

2. Contractum igitur ſic definio: Contractus eſt conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente cauſam. Definitio tantum non iiſdem verbis tradita in *d. l. juris gentium*, §. 1. & 2. *h. t.* Itaque duo ſunt harum conventionum genera, unum earum, quæ ſpeciale nomen habent; alterum earum, quæ carent.

3. Prioris generis ſunt emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens, ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine

Digitized by Google

appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib.* 12. *comm. c.* 9. Nimirum etſi nomen ad eſſentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a poſteriore. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio eſſet in uſu communi: uſus conventioni nomen peperit. Utilitas cauſa eſt obligationis conſtituendæ, nomen indicium & nota conſtitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. *n.* 3. putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo ſic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob uſum frequentiorem vim quamdam & naturam acceperunt talem, quæ etiamſi nihil dictum ſpecialiter, ex ipſo nomine ſatis poſſit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris contractibus minus frequentibus hoc tantum ineſſet, quod dictum & factum erat; ac proinde non communis aliqua & uſitata, ſed accommodata ad ipſum factum daretur formula, quæ ideo præſcriptis verbis dicebatur.

4. Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipſa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur, *l.* 1. §. 2. *ff. de rer. permutat.* quamquam ſunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis inductum tantum per abuſionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus eſt: nam proprie permutationis nomine ſignificari mutuam ipſarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii, & alios omnes pene contractus velut permutatione quadam conſtare. Utut ſit, conſtat permutationem in numero contractuum nominatorum non cenſeri.

5. Sed neque actio, quæ de æſtimato proponitur, deſcendit ex contractu aliquo nominato, ſed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato ſimile videtur, *l.* 1. *ff. de æſtimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita eſt, quamquam nacta eſt æſtimatoriæ appellationem, quod ſit de re, quæ æſtimato vendenda data eſt.

6. Illi autem toto cælo errant, qui etiam tranſactionem putant contractum eſſe proprii nominis; quippe cum tranſactio nec nomen ſit contractus, nec contractus ſpecies. Etenim ſi proprie loqui volumus, non habet ſe contractus ad tranſactionem, ut genus ad ſpeciem, ſed modus eſt tranſigendi: nam interdum nuda pactio tranſactionis cauſa intervenit, aliquando ſtipulatio, quandoque datio aut retentio, *l. cum proponas*, 21. *C. de pact. l.* 2. *l. pact.* 15. *ff. de tranſact. l.* 6. *l. ut reſponſum*, 15. *l. ſive apud*, 28. *l. ſi profundo*, 33. *l. tranſactio*, 38. *C. eod.* quæ diverſa ſunt ab ipſa tranſactione & terminatione litis. Unde cum proprie noſtri loquuntur, dicunt pacto tranſigere, pactum, conventionem, placitum tranſactionis cauſa intercedere aut interponi *d. l. cum proponas*, 21. *C. de pact. l.* 7. *ſi de certa*, 31. *C. de tranſact. l. ſi inſtituta*, 27. *pr. ff. de inoff. teſtam.* Modi autem tranſigendi non ſunt genere tranſactionis: & per ſe conſiderata tranſactio diverſum quid eſt a contractu, cui etiam opponitur in *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.*

7. Poſterius genus earum erat conventionum, quæ ſpeciali nomine carent, ſed quibus præter conſenſum ſubeſt cauſa, ut hoc exprimit Juriſconſultus *d. l.* 7. §. 2. *ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipſæ jure noſtro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & uſitatam, ſed in factum præſcriptis verbis, *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *& paſſ. ff. de præſcr. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum ſpecies quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, *l.* 5. *pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis incerti præſcriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut ſi dolus aliquis arguatur, de dolo, *d. l.* 5. §. 3. *l. ſolent*, 15. *in fin. d. tit. l.* 4. *C. de dol.* Sed hæc non ſunt hujus loci. Illud tantum hic inveſtigandum eſt, quid nomine cauſæ Juriſconſulti intelligant, cum ajunt, etiam ex conventione innominata, cui modo cauſa ſubſit, actionem naſci.

8. Et quidem de cauſa finali id intelligi non poteſt, cum in omni conventione paciſcentibus finis aliquis propoſitus ſit: neque de cauſa impellente ſeu ea, quæ paciſcentes movit ad conveniendum, ut quidam ſomniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus cauſa ſubeſt, aliquid eſt, quod paciſcentes impellat ad conventionem ineundam, verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ ſummam dares, & ego a lite, quam tibi movi, diſcederem; aut ut invicem ſervos noſtros permutaremus: hæ conventiones nudæ ſunt, ut proinde ex iis non naſcatur actio, *l. cum proponas*, 27. *C. de pact. l. ſive apud* 28. *C. de tranſact. l.* 3. *C. de rer. perm.* negari tamen non poteſt, quin alicujus rei contemplatione moti hujuſmodi conventionem iniverimus, nimirum quia ego malui accepta certa ſumma a lite diſcedere tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum ſervum, tu maluiſti meum. Ac de ſimilibus idem judicium eſto. Sed qui cunctamur cauſam accipere pro datione vel facto ad conventionem ſive ſtatim ſive poſtea accedente, ſeu pro implemento ob alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque eſt aut factum ab uno? Sane Juriſconſultus Græcus reſponſio περὶ ψιλ. συμφ. hanc rem ſic explicat; ἔστωσαν, inquit, τύποι (συμφώνοις ἰδικὰς ἔχουσι προσηγορίας) ἢ τὰ ἰδικὴν μὲν προσηγορίαν μὴ ἀποφερόμενα, τῷ γενικῷ δὲ τῷ συναλλάγματος ὀνόματι καλούμενα ἅτινα προγίνονται δόσις ἢ ποίησις ἐπὶ δόσει ἢ ἐπὶ ποιήσει, διλόγως, τὴν συναρέσασαν ὑποκειμένης αἰτίας.

αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί. i. e. *His* (ſc. conventionib. nominatis) *junctæ ſunt & illæ, quæ nomen quidem proprium nactæ non ſunt; cæterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut viciſſim aliquid detur vel fiat, videlicet ut juſta paciſcentibus cauſa ſubſit. Naſcuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc eſt, quod cum pactum nudum ſit conventio innominata cauſam non habens, Græci id definiverint, ἅτινα μὴ πραγματεύεται δόσιν, &c. ex quo etiam ſimul apparet, eam conventionem, quæ cauſam habere dicitur, ex iis eſſe, ἅτινα πραγματεύεται δόσιν, quod ipſum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præſcr. verb.* ubi ait pactum nudum non eſſe, quoties certa lege aliquid datur; & aliis innumeris locis ſignificatur, *l. 5. per tot. & paſſ. ff. de præſcr. verb. l. diviſionis, 45. ff. hoc tit. l. 6. l. ſi pro fundo, 33. C. de tranſact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque ſenſiſſe Ulpianum *in d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perſpicue patet; *Sed & ſi in alium contractum res non tranſeat, ſubſit tamen cauſa, eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem: ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ ſubeſt cauſa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem naſci, *d. l. 7. §. ſed cum, 4.* Ajo autem *conventioni innominatæ*. Nam in conventionibus nominatis, ſi requiſita quædam adſint, ut verbi gratia in venditione & locatione, ſi de pretio aut mercede convenerit, etiam antequam ab altero contrahentium quid præſtitum ſit, obligatio naſcitur.

9. Jam exemplo rem declaremus. Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum datem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda eſt, conſiſtens intra terminos puri placiti, licet uterque noſtrum certo intuitu talem conventionem iniverit; ego, quia malui habere Pamphilum, tu, quia Stichum. At ſi aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem impleſti, hic jam conventio deſinit eſſe nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens *cauſa* a noſtris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat, *l. ſolent, 14. ff. de præſcr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æſtim. act.* *negotium civile*, id eſt, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens conſtituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiſcum ſentiunt interpretes noſtri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorſum ergo tam operoſa hujus ſententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficaciter: quamquam ex ea non ante efficacem agi queat, quam quid ex conventione præſtitum fuerit: cauſam autem apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2. & 4. h. t.* non ſignificare dationem aut factum aliquod interveniens, ſed cauſam præcedentem, quæ paciſcentes movit, ut convenirent.

10. Ego vero non video, quomodo hæc conſiſtere poſſunt, ex conventione naſci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non poſſe. Utique enim efficacia & vis obligationis conſiſtit in juris vinculo, quo neceſſitate adſtringimur ad aliquid præſtandum; neceſſitas in eo, ut niſi obligatus præſtet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præſtandum compellere. Ac proinde poſita pura & efficaci obligatione, neceſſario quoque ponenda eſt efficax actio, cum ſecundum regulam Logicorum, qualis eſt cauſa, talis quoque ſit effectus.

11. Ut ecce, emptio & venditio contrahitur ſimul atque de pretio convenerit; & quia hinc ſtatim oritur mutua & efficax obligatio, ſtatim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi poteſt, modo offerat actor, quod viciſſim eum præſtare oportet, *l. Julianus, 13. §. offert, 8. l. qui pendentem, 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, ſi verbi cauſa hujuſmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des,* æque ſtatim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea ſtatim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promiſit, modo ille paratus ſit Stichum date. Atque hanc quoque eſſe apparet mentem eorum, qui aſſerunt ex conventione innominata obligationem ſtatim naſci, ex qua etiam agi poſſit, quamquam cum effectu non poſſit, niſi poſtquam ab uno datum quid ſit, aut factum, quia ad confirmandam ſententiam ſuam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam eſſe circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere & rationi juris noſtri convenienter, hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonſtrari poteſt, quam parum hæc juri noſtro ſint conſentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo conſenſu ſimulac de mercede pro uſu rei danda convenit: atque ut hic ex ſola conventione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præſens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter poteſt, ut præſtet frui, quod conductum eſt licere, *l. 9. l. 15. §. 1. l. ſi fundus, 33. l. & hæc diſtinctio, 25. ff. locati.* at ex ſola conventione innominata agi cum effectu non poſſe fatentur ipſi adverſarii: qui ſi pro firmamento ſuæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attuliſſent, fortaſſis ipſi deprehendiſſent errorem ſuum. Cæterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis oſtendemus poſtea. Ad hæc perperam in-

ter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente *συναλλάγματα* ſive contractus eſſe & appellari incipiunt, quamdiu autem res adhuc integra eſt, nudæ tantum ſunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure noſtro naſcitur, ut ſupra ſatis abundeque demonſtratum eſt. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione naſci ſolo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem poſſit, ſed non cum effectu: quæ ergo erit iſta actio? nimirum præſcriptis verbis, inquiunt.

12. Quod ſi porro quæras, quomodo formula actionis præſcriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem geſtam demonſtrat, *l. 6. in fin. C. de tranſact.* accommodari poſſit ei, qui nihildum fecit, aut præſtitit, reſpondent pro varietate conventionis formulam poſſe concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus, non ita vocari ratione conventionis, ſed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, ſi eis credimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ ſunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi cauſa ſi inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu ſervum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem geſtam compoſitis, in quæ & prætor judicem det hoc modo, *Si paret Mævium decem Titio dediſſe ea lege, ut ſervum ſuum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur*, aut contra; *Si paret Titium ſervum ſuum manumiſiſſe ea lege, ut decem a Mævio acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præſcriptis in factum verbis. Sed nec illud verum eſt, quod ajunt contractus *do ut des, do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa do ut des, manifeſte etiam conventionem exprimunt, ſed præter conventionem adſignificant cauſam quæ conventioni ſubeſt, ſive negotium interveniens, quod fundamentum eſt *συναλλάγματος*, efficitque, ut conventio amplius non ſit nuda, & ea naſcatur civilis actio.

13. Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expreſſim negari in conventionibus innominatis nudo ſolove conſenſu obligationem conſtitui, & nominatim, ut alios prætercam, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Juriſconſultus diſerte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad neſcio quam diſtinctionem, qua non obſervata ajunt, quotquot ſunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos eſſe: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem naſci jure conventionis, aliam ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus; qua diſtinctione adhibita facile quivis ex hujuſmodi laqueis ſe poſſit expedire. Ajunt igitur in *d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Juriſconſultum adſcribere rei traditæ initium obligationis, quæ eſt ſecundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non eſt mirum interpretes omnes hic hallucinatos eſſe, qui tam ſubtilem diſtinctionem, & quam ipſa ignoravit antiquitas, non obſervaverint. Sed ſerio. Paulus in *d. l. 1. §. 2.* initium obligationis in permutatione adſcribit rei traditæ; ergo nullam adhuc ante traditionem natam eſſe intelligit: alioqui non initium obligationis, ſed obligationis jure conventionis antea conſtitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuere debuiſſet. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin ſi res nondum tradita ſit, nudo conſenſu obligationem conſtitui dicemus: quod in his duntaxat receptum eſt, quæ nomen ſuum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato*. Ecce negat Paulus abſolute, nudo conſenſu, id eſt, jure ſolius conventionis, ubi nihildum præſtitum eſt, ut ipſa verba oſtendunt, obligationem conſtitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perſpicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, conſtitutionem, initium, originem ipſam obligationis adſcribere rei traditæ; falſumque eſſe, quod illi aſſerunt, ex conventione eſſe obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præſtatione, quod cum effectu actio moveri poſſit. Quin hoc ipſum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adſcribant obligationis, quæ eſt ſecundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præſtatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem eſſe effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præſtationis, &c. illam obligationis hujus cauſam & velut matrem: quod paſſim tamen negant ſoli conventioni vim tribuentes obligandi.

14. Ajunt mirari ſe, quod adverſarii aliquid præſidii in *l. 3. C. de rer. permut.* cauſæ ſuæ quærant, & quare? quia, inquiunt placitum permutationis in *d. l. 3.* pro nudo pacto de permutando ſumitur, id eſt, eo de quo non conſtet, an deliberato animo factum ſit. Verba Imperatorum in *d. l. 3.* ſunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re ſecuta, conſtat nemini actionem competere, niſi ſtipulatio ſubjecta ex verborum obligatione quæſierit partibus actionem*. Verum eſt hoc loco agi de pacto nudo, ſed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non conſtat de ſerio animo, commentum eſt, quod ex ipſo textu ſatis evincitur. Negant ſimpliciter Imperatores aliter actionem re nulla ſecuta ex placito permutationis competere, quam ſi ſtipulatio ſubjecta ſit: ergo ne tunc quidem, cum conſtat de

ſeria

ſeria voluntate paciſcentium. Hoc enim Leontius propoſuerat, placuiſſe inter ſe & adverſarium ſuum, ut invicem res quaſdam permutarent, quærebatque an ex hujuſmodi placito jure conventionis actio ſibi competeret, qua ad conventionem implendam urgere adverſarium poſſet, paratus ipſe a ſua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, niſi ſubjecta ſit ſtipulatio, eo ſignificant, ſtipulatione demum conventioni ſubjecta, poſſe Leontium, a ſua parte contentum conventioni ſtare, actione ex ſtipulatu compellere adverſarium, ut & ipſe quoque placitum ſervet, niſi velit condemnari quanti actoris interſit.

15. Simile huic placito eſt, quod proponitur in *l. diviſionis, 45. ff. hoc tit.* ſi verbi cauſa in lite familiæ erciſcundæ convenerit, ut certis partibus hæreditatis conſtitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla ſecuta ſit, neque porro placito ſubjecta ſtipulatio: hoc enim placitum negat Juriſconſultus cuiquam ad actionem prodeſſe: non quia non ſit pactum aut conventio ſeria; ſed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujuſmodi conventiones utut ſeriæ, nemini ad actionem proſint.

16. Poſtremo nec illud patrocinari adverſarii exiſtimant, quod ſcriptum eſt in *l. contractus, 17. ſub fin. C. de fid. inſtr.* eum, qui vendere pollicitus eſt, ſi recuſet adimplere conventionem, poſſe id impune facere, ſi nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi ſatis arguat arrarum interventus, ſed alia ratione: quoniam, quod adverſarii non animadverterunt, in ſpecie illic propoſita jure conventionis obligatio contracta fuit, cum alias diſcedens a conventione altero invito non recte multaretur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra ſi talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum emiſſione arrarum, nec venditori cum duplicatarum reſtitutione.

17. Eſt enim hæc perpetui juris regula, neminem poſſe ex pœnitentia ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta invito adverſario diſcedere, *l. 5. C. de obl. & act.* idque vel ex ipſa natura obligationis, quæ neceſſitate ſolvendi obligatum adſtringit, intelligi poteſt, ut paulo poſt oſtendetur evidentius. Itaque amiſſio arrarum, aut duplicatarum reſtitutio non eſt pœna receſſionis non conſentiente adverſario factæ ab obligatione aliqua jure civili conſtituta, ſed temeritatis & inconſtantiæ. Quid ſi nihil arrarum nomine intervenerit; hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit, *d. l. contractus, ſub fin. C. de fid. inſtr.* cui jam hoc etiam conſequens eſt, etiamſi unius interſit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec ſi unius interſit, ex pacto permutationis aut diviſionis ulla competit, *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.* Et quid hic alias proficerat [illegible] citis [illegible] erveniens ſtipulatio? S[illegible] aute[illegible] imp[illegible]itur, [illegible] cum potueri[illegible] & debu[illegible]rit, p[illegible] lationem, juxta conſilium Pauli [illegible] *in fin.* Plane in hujuſmodi conventionibus de vendendo, de permutando; &c. ſi quid ab eo, qui placitis non ſtat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non negaverim dandam eſſe actionem de dolo, *arg. l. & eleganter, 7. §. ſervus, 8.* & ibi Bart. *ff. de dol. mal.* Coſtal. *ad l. 7. pr. hoc tit.* Aſſerunt porro cauſam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* non ſignificare dationem aut factum certa lege interveniens; ſed cauſam præcedentem, nempe quæ paciſcentes movit, ut convenirent: cujus aſſertionis ſuæ hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut ſit propter conventionem. 2. quia cauſa reſpicit conventionem. 3. quia datio aut factum per ſe non obligat, niſi ad reſtitutionem. Diceres rem ad triarios rediiſſe, quod profligatis haſtatis & principibus tantæ virtutis milites ſubſidio mittant. Sed experiamur robur ſingulorum argumentorum. In poſtremo, ut ab eo incipiam, eſt fallacia diviſionis: Neque enim nos dicimus ſolam dationem aut dationem per ſe ſine conventione obligare, non magis, quam conventionem per ſe obligare ſine datione; ſed obligare dationem a conventione informatam, ſeu dationem ſub lege viciſſim quid præſtandi, & ita ſimul juncta demum obligationem producere. Inſubtile autem eſt, quod addunt *factum*; quia facti nulla eſt reſtitutio. Secundum argumentum, quod ideo cauſa apud Ulpianum non ſignificet dationem aut factum, quia cauſa reſpicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii; nam de cauſa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum eſt eo ſenſu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni ſubjicitur, formamque a conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Juriſconſultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppoſitione §. 4. & §. 2. ejuſdem legis dilucide apparet.

18. Sed & in primo quoque argumento manifeſta eſt principii petitio: nihil enim efficiunt, niſi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc ſignificent, quod datur aut ſit, in propoſito dati aut fieri propter vim obligationis ex ſola conventione natæ; quod eſt falſum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea diſputata ſunt, clariſſime liquet in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo conſenſu, ſed a datione aut facto ad conſenſum accedente proficiſcatur, quia parte ſua, quod placuit, præſtat, non facit id ex neceſſitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; ſed ut adverſarium, qui itidem nulla juris neceſſitate adſtrictus eſt, illa præſtatione efficaciter obliget. Atque hinc eſt, quod præſtatio illa non ſolutio, quæ debiti eſt, ſed datio appellatur:

& quia illa fit ob cauſam futuram, ut viciſſim quid detur, ſatis apparet eam comparatam eſſe non ad liberandum, ſed ad obligandum eum, qui & ipſe antea obligatus non erat, non ut quid ſolvat, quod antea debebat, ſed ut quid det aut faciat ſecundum legem dationis dictam, & hic ſi is, qui accepit, cauſam, ob quam accepit, implere ceſſaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum condictio tamquam ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vel incerti præſcriptis verbis actio in hoc, quod ejus intereſt cauſam impletam eſſe, *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præſcript. verb. & paſſim t. ff. & C. de cond. cauſ. dat.* Quod ſi datio illa reſpiceret cauſam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio: nam quod ob cauſam præteritam datur, condici non poteſt, *l. damnus, 52. ff. de cond. indeb. l. mercalem, 5. C. de cond. ob turp. cauſ.* nec debiti ſoluti ulla repetitio eſt, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur, *l. naturales, 10. ff. de oblig. & act.*

19. Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, cum non tradere mercem, ut emptorem ſibi obliget, ſed ut obligationi jam antea ex conventione natæ ſatisfaciat: nam a conventione nominata, ex qua etiam nudo conſenſu obligatio conſtituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perſpicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, ſolvit, quod debet, & ad quod ſolvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emptorem obſtringat, quem ſatis ex conventione obſtrictum habet; ſed ut ſe liberet: at in contractu innominato, verbi cauſa, do ut des, ſive nuda aliqua conventio præceſſerit, ſive non, qui dat, ut viciſſim quid detur, non ſolvit, quod debebat; ſed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipſe antea obſtrictus non erat, hac datione ſibi obſtringat. Atque hinc eſt quod venditor, qui fidem emptoris ſecutus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non poteſt, *l. incivile 12. C. de rei vind. l. 3. C. de contr. empt. l. 6. de reſc. vend.* nimirum quia hic obſtat præcedens obligatio, quæ pœnitudinem non recipit; quoniam nemo poteſt conſtitutæ ſemel obligationi renuntiare invito adverſario, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. de reſc. vend. l. in commodato, 17. §. 3. ff. commod.*

20. Contractuum autem, qui in aliud nomen non tranſeunt, natura hæc eſt, ut danti ob cauſam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne cauſam impleat: contraria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obſtrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quaſi prius debuiſſet, relinquendum obſtringi debet, *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. pr. & §. 1. ff. de cond. cauſ. dat. l. in ſumma, 65. §. quod ob rem, 4. ff. de cond. ind.* Quod ſi ubi jam aliquid datum eſt ab una parte, ille qui dedit, ex pœnitentia datum repetere poteſt, invito adverſario, multo minus, ſi nihildum dederit, ab adverſario ut det, poterit conſtringi, licet ille a ſua parte conventionem implere velit, *contractus, 17. ſub finem C. de fid. inſtrum.* Et hoc ſignificant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

21. Excipiendi autem ſunt ex contractibus innominatis illi, qui tranſactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem cauſam nec locus eſt pœnitentiæ, ne ſcilicet litis tranſactione ſemel deciſæ inſtaurentur, *l. in ſumma, 65. §. 1. ff. de cond. ind. l. quamvis, 39. C. de tranſact.* & ibi DD. *Jaſ. in l. 5. ff. de cond. cauſ. dat. colum. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris naſcatur varietas, nempe ex differentia, quæ eſt circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis; quia in illis receptum eſt, ut etiam nudo conſenſu obligatio contrahatur, in his non contrahitur niſi re aut facto aliquo interveniente.

22. Illud enim perpetuo verum eſt, nec ullam patitur exceptionem, neminem poſſe ab obligatione ſemel conſtituta & in ſe ſuſcepta adverſario non conſentiente diſcedere, *d. l. 5. C. de obl. & act.* quippe hic certiſſimus eſt obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori. *Inſt. quib. mod. tol. obl. & paſſ. ff. & C. de ſolut.* Quam etiam ob cauſam obligatio definitur juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur ad ſolvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus eſt, adſtringitur neceſſitate ſolvendi, conſequens eſt omnino, non eſſe in ejus arbitrio, utrum velit ſolvere nec ne; quod tamen futurum eſſet, ſi liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non ſolum locum habet in contractibus, qui nomen ſuum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi viciſſim aliquid dares aut faceres, ſi ceſſas dare aut facere, teneris mihi in id, quod mea intereſt, id, de quo convenit, datum aut factum eſſe, eoque nomine tecum experiri poſſum actione præſcriptis verbis; neque tu huic obligationi in te ſuſceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam ſi id de quo convenit, præſtes, *l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de præſcr. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici poſſum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me ſuſceptæ, cum ipſe nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, ſed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, ſocietatis, depoſiti, precarii, quæ huic regulæ objici ſolent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio ſolo conſenſu contrahitur, & tamen,

men, ei qui mandatum ſuſcepit, liberum eſt mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus eſt renuntiare conſtitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam ſub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempeſtive renuntiet, *l. ſi mandavero*, 22. §. *ult. l. ſi quis*, 27. §. 2. *ff. mand.* §. *mandatum*, 11. *Inſt. eod.* ubi in tempore renuntiat, non modo contra obligationem nihil facit, ſed maxime præſtat, quod erat in obligatione. Eademque ratio eſt & in mandati revocatione; quoniam nec mandator præciſe obligatur ad hoc, ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Similiter ſocietas quoque conſenſu contrahitur, & unius e ſociis renunciatione diſſolvitur: nec tamen qui ſocietatem ſocio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat conſtitutæ obligationi, quia nemo in ſocietate obligatur, ut invitus in ſocietate maneat: in tantum ut etſi nominatim convenerit, ne a ſocietate diſcederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam ſocietatis factam contemnere liceat, *l. ſi convenerit*, 14. *l. nulla* 70. *ff. pro ſoc.* junct. *l. verum*, 63. *pr. ff. eod. l. cum pater*, §. *dulciſſimis*, 2. *ff. de legat.* 2. Poſtremo nec officium ſuum perdit regula ſuperior in ſpecie *l.* 1. §. *antepen. & pen. ff. depoſ.* ubi ſi rem apud te ſic depoſuero, ut poſt mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me ſtatim depoſitum poſſe repetere; nec in ſpecie precarii in eandem ſententiam propoſita in *l. cum precario*, 12. *ff. de precar.* ubi cum res precario ſic datur, ut is, qui eam accipit, uſque ad Calendas Julias precario poſſideat, reſpondetur poſſe nihilominus etiam ante poſſeſſionem auferri; quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depoſitum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium: imo contra & qui depoſitum accepit, & qui accepit precarium, ipſi obligantur in hoc, ut dominis repoſcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri poteſt, an is, qui depoſitum aut precarium accipit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depoſitum aut precarium reſtituere: & recte placuit nullam eſſe hujus conventionis vim, neque in depoſito, quia dies adjectus eſt deponentis duntaxat gratia, ut depoſitarius cogeretur tamdiu rem cuſtodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adverſatur, ut ipſe Juriſconſultus in *d. l. cum precario*, ſignificat. In commodato autem contrario modo ſeſe habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus uſum rei ad certum modum & tempus conceſſum ante tempus auferre liceat, *l. in commodato*, 17. §. 3. *ff. commod.*

22. Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis propoſita nimis lata ſit. Etenim Labeo in *l.* 19. *ff. de verb. ſign.* contractum ſic definit, ut dicat eſſe ultro citroque obligationem; id eſt, negotium, unde ultro citroque obligatio naſcitur: at noſtra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia ſunt mutuum & ſtipulatio, quæ Labeo *d. loco* expreſſe a contractu diſtinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid ſit contractus, aut quæ ſit propria hujus verbi ſignificatio; ſed quid prætor eo verbo ſignificet, cum hæc tria finitimæ ſignificationis in edicto conjungit, *actum*, *contractum*, *geſtum*. Nam cum ſingula hæc per ſe poſita, & vi ſua generalia ſint, apparet Labeonem ea non ex propria ſignificatione, ſed ex ſententia prætoris illa conjungentis diſtinguendo ad certas ſpecies referre, verbumque *contractus* ad eam ſpeciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, ſubſtantiam contractus non in eo conſiſtere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie ſi unus tantum alteri, quam ſi invicem contrahentes inter ſe ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipſum appellari & eſſe contractum; id quod ſatis oſtendit vetus, & recepta contractuum diviſio apud Cajum *l.* 1. *ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l.* 1. §. 2. *ff. de pact.* apud Juſtinianum §. *ult. Inſt. de obl.* item *Inſt. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentiſſime contractus μονόπλευροι, cujus generis eſt ſtipulatio, δίπλευροι, quales ſunt emptio, locatio, ſocietas, &c. ut diverſæ unius generis ſpecies ſecernuntur.

23. Apparet autem ex diſputatione Ulpiani *in d. l.* 7. §. 1. & 2. *ff. hoc tit.* unde noſtra contractus definitio ſumpta eſt, non omnem conſenſum duorum ad conſtituendam obligationem interpoſitum contractum eſſe: ac proinde non ſatis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo; συνάλλαγμα ἐστὶ δυοῖν, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδος τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συστήσασθαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ γενέσθαι ὑπεύθυνον, id eſt, *Contractus eſt duorum vel plurium in idem conventio & conſenſus ad conſtituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius.* Nam ſi inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis cauſa, hæc etiam conventio eſt duorum vel plurium conſenſus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non eſt, ſed nudum pactum; unde nec actio ex eo naſcitur, *l.* 3. *C. de rer. perm.*

24. Quinimo etiam hoc ex eadem diſputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus eſſe aut cum contractibus confundenda; ſed eſſe & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: ſiquidem nec in proprium conventionis

nis nomen tranſeunt, nec cauſam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique ſi per ſe ſpectentur, illæ ſine adminiculo legis; hæc relative ad ſtipulationem, aut ut ſejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta veſtiverunt, alterum veſtimento aſſiſtentiæ legis; alterum cohærentiæ contractus; quippe qui nuda ea pacta ſolummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manſerunt. Neque hoc caret ratione, & ſuo ſenſu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis conſideramus ſpecialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem tranſeunt.

25. Juriſconſultus Græcus pacta legitima a nudis ſegregat *διὰ τὴν ἰδικὴν ἐπικύρωσιν*, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, ſed quæ ſint alterius naturæ & efficaciæ: ſic enim ille *μιν. περὶ ψιμ. συμφ. νῦδα οὖν ὡς ἀληθῶς ϗ τὰ ἐξ κοντίνεντι, ϗ εἰκότως· εἰ γὰρ νῦδόν ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς, τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπῖπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, μηδὲ τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀπεσφραγισμένον ἀνόρεσμα νῦδον ϗ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν ϗ ἠκριβωμένως κληθείη· ϗ νῦδον, οὐχ' ὡς τὰ ἐξ ἰντερβάλλου, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως ϗ ἰσχύος*. *Ergo*, inquit, *revera nuda pacta ſunt etiam quæ in continenti, & merito. Nam ſi nudum pactum eſt, ut lex ipſa definivit, quod non lege quadam aut ſenatuſconſulto ſpecialiter confirmatur, quod non tranſit in ſpeciale nomen contractus, quod non fiat in eodem genere prius aliquo dato vel facto, aut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps eſt, nec notam habet, unde agnoſcatur habere eandem vim, nudum & ipſum artificioſe admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo ſed naturæ alterius & aliam vim habens*. Cæterum juris noſtri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive ſimpliciter, appellare ſolent, *l. 6. l. 7. §. quinimo, 5. & ſeq. ff. hoc t. l. in bono, 13. C. eod. l. etiam, 30. ff. de uſur. l. frumenti, C. eod. l. 6. C. de jur. dot. cum ſimilib.*

CAPUT IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1. *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis inſunt etiam ex parte actoris: adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei, & latius N. 4.*
2. *Illuſtratur hoc variis exemplis.*
3. *Removetur difficultas quædam, quam parit* l. 7. §. 5. hoc tit.
4. *Quid Papiniano ſine adminicula contractus?*
5. *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
6. *Non male interpp. vulgo ſecernere naturalia contractuum a ſubſtantialibus.*
7. *Quid juris in pactis circa ſubſtantiam contractus.*
8. *Quid in pactis quæ contra ſubſtantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
9. *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
10. Ex continenti *ſive* in continenti, *locutio noſtris familiaris: cui opponitur*: poſtea ex intervallo, &c.
11. *Quid Latinis* continens.
12. *Quam variæ hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure noſtro accipiantur.*
13. *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
14. *An etiam ea, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur: ubi multa notatu digna.*

1. EX his, quæ hactenus diſſeruimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & ſimplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut viciſſim quid detur, aut fiat, conſtituere contractum innominatum: cujus hæc vis ſit, ut civilem incerti actionem, id eſt, præſcriptis verbis producat. Agendum porro eſt de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta oppoſita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum eſt, ea ineſſe bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipſum formare, legemque contractui dare: & contra de interpoſitis ex intervallo, ea non ineſſe ex parte actoris, ſed tantum ex parte rei locum habere, eique prodeſſe ad exceptionem *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 5. & ſeq. ff. h. t. l. in bonæ, 13. C. eod. l. cum dotem 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa, 72. ff. de contr. empt.*

2. Illuſtremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut ſatisdet dato fidejuſſore, ſed ſufficit regulariter nuda repromiſſio, *l. emptori, 37. l. ſi dictum, 56. ff. de evict.* Hic autem, ſiquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem ſatisdaret, hoc eſt, fidejuſſorem (*vvaerborge*, qui ſecundus auctor, *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc ſive conventio format contractum, id eſt, legem hanc contractui dat, ut ſatisdetur, formatque etiam ipſam actionem, id eſt, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehenſum eſt, atque ut poſſit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejuſſorem det, *l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod ſi vero ex intervallo

Digitized by Google

vallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejuſſorem pro evictione petendum non proderit, *l. 7. §. quinimo, 5. verſ. idem reſponſum, ff. hoc tit. l. pacta. 62. ff. de contr. empt.* Vendidit tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipſius fundi, *l. ſi in emptione, pr. 34. l. fiſtulas. 78. ff. de contr. empt.* Et ex converſo, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud ſecus, quam de pretio alterius partis, *l. fundi, 79. ff. eod. tit.* Cæterum neutra aliter, quam ſi in continenti appoſita ſit, *dd. ll.* Natura depoſiti hæc eſt, ut in eo dolus duntaxat præſtetur, *l. 5. §. 2. commod. l. contractus, 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depoſ.* At enim ſi ab initio convenerit, ut depoſitarius culpam quoque præſtaret, rata eſt conventio; quippe quæ legem hanc depoſito dat, ut culpa quoque præſtetur, quam alias hic contractus non recipit, *d. l. 1. §. ſi convenit. ff. depoſ. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contractus, de reg. jur.* Plura ejuſcemodi exempla paſſim obvia. Huc etiam pertinet lex commiſſoria, lex redhibendi oblato pretio, item lex illa vulgaris, ut ſi diſplicuerit, res ſit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Caſus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale ſequeretur, conventio ſervabitur, quia legem contractui dedit, *d. l. contractus, 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale eſt. Si in contrahendo matrimonio & dote conſtituenda hujuſmodi pactum apponatur, ne tempore ſtatuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, ſed ſtatim; hoc pactum ſoluto matrimonio ad agendum mulieri prodeſt, formatque actionem rei uxoriæ: Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos ſtatim redderetur; tale pactum ad agendum non valet, *l. 7. §. 5. hoc tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non eſt receſſum a regula, ex pacto actionem non dari.

3. Dixeris autem hanc pactionem, non obſtante eo, quod ex intervallo interpoſita ſit, ſaltem prodeſſe debere ad replicationem, ut ſi muliere ſtatim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare poſſit mulier, pacto eam dilationem eſſe ſublatam, *arg. l. ſi unus, 27. §. 2. ff. hoc tit.* Reſpondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima eſt, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum quod obligationem ex lege deſcendentem auget, inutile eſt adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege eſt, obligationem reddat; quod utique hic ſaltem effectu futurum eſſet, ſi vires haberet pactio. Alii reſpondent nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non niſi elapſo anno obligat & cogit ad reſtitutionem dotis.

4. De pactis igitur adjicientibus ſive augendæ obligationis gratia interpoſitis ſic habendum, ut ſi ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipſam, quæ ex contractu datur, quod Græci ſic exprimunt, ἀμείβουσι, τυποῦσι, μεταποιοῦσι τὴν ἀγωγὴν, ἢ τῷ ἐνάγοντι συμβάλλονται. At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant, propterea quod poſt contractum jam uſquequaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non proſunt, τῷ ἐνάγοντι οὐ συμβάλλονται. At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius e contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta proſunt ad exceptionem, τῷ ἐναγομένῳ τίκτει παραγραφὴν. Ut ecce, ſi poſt emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præſtet: hæc pactio quamvis ex intervallo interpoſita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa, 72. ff. de contr. emp.* id eſt, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præſtanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti ineſt bonæ fidei judicio, *l. 3. ff. de reſc. vend. l. ſed & ſi, 21. ſub fin. ff. ſolut. matrim.* id eſt, judex exceptionis rationem habet, etiamſi reus in lite conteſtanda eam omiſerit. Quod ſi ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præſtetur, tutus erit venditor ipſo jure. Idemque dixerim, ſi talis conventio venditioni mox ſubjecta ſit *arg. l. lecta, 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita ſe habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta, 72. ff. de contr. empt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo, 5. verſ. idem reſponſum ff. hoc tit.* παρὰ φύσιν συναλλάγματος, ut Græci.

5. Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adeſſe & abeſſe poſſunt, ut tamen contractus per ſe ac ſine iis conſiſtat; Græci ἀφορμὰς vocitant: veluti, ut ſcriptura adhibeatur, ut periculum præſtetur, ut præſtetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos ſtatim non expectato

Digitized by Google

to legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejuſſore cautio duplæ præſtetur, vel, ut ne omnino præſtetur, ut penſitentur uſuræ prætii tardius exſoluti, *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio ſua die non ſoluto res ſit inempta, &c. Pomponius cauſas obligationum vocat, ſed quæ pacto mutabiles, *l. nec ex prætorio, 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea ſunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id eſt, extra *οὐσίαν*, eſſentiam contractus, quæ non attingunt contractus ſubſtantiam.

6. Igitur extra naturam emptionis eſt, ſi quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, ſi quid extra uſum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa, 72. ff. de cont. empt.* emptionis ſubſtantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo, 5. verſ. idem, reſponſum, ff. hoc tit.* citans ſententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. q.* relata eſt in *d. l. pacta conventa*, appellat contractus naturam.

7. Non male tamen alias natura contractus a contractus ſubſtantia diſtinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a ſubſtantialibus ſecernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter inſunt cujuſque contractus judicio, ſi de his nihil convenerit, *l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* verbi cauſa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis eſſe, ut ſimpliciter de evictione caveatur; depoſiti, ut dolus ſolus præſtetur; commodati, ut præſtetur & culpa & diligentia. Hæc enim eſt horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus, *l. ſi unus, 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere, *l. 5. §. penult. ff. de præſcr. verb.* Cæterum quia hæ naturæ contractuum inſunt tantum ex accidenti, & ideo adeſſe vel abeſſe poſſunt, ſalva ſubſtantia contractus, inde eſt, quod pacta, quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipſam contractus ſubſtantiam, hoc eſt id, ſine quo negotium conſiſtere non poteſt: verbi gratia, emptio & venditio ſine pretio, locatio & conductio ſine mercede nullius momenti ſunt, quia ex his ſubſtantia horum contractuum conſtat.

8. Quid ergo juris in iis pactis, quæ ſubſtantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interpoſita, rebus integris, inſunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti ſi poſt emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id eſt, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove, *l. 7. §. adeo, 6. ff. hoc tit. d. l. pacta conventa, 72. ff. de contr. empt. l. 2. ff. de reſc. vend.* Atque hanc regulam uſque adeo veram eſſe ſcribit Ulpianus in *d. l. 7. §. adeo*, ut conſtet conventione poſtea facta ab emptione cæteriſque bonæ fidei judiciis re nondum ſecuta abiri poſſe, *l. ab empt. 58. ff. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de reſc. vend. l. 1. C. quand. lic. ab empt. diſc.* Atque hoc argumento, tamquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari poſſe, puta ut vel pars tantum vel venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces, *l. 2. ff. de reſc. vend. d. l. pacta conventa, 72. ff. de cont. empt. l. ſi unus, 27. §. 2. verſ. quod ſi non, hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta inſunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Reſpondemus hiſce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum ſatis indicant notæ improprietatis, *quodammodo*, *quaſi*. Hæc autem ea pacta ſunt, quæ Græcis *τὰ κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι συμφωνήματα*. Ulpiano quæ ex eodem ſunt contractu, *κατὰ φύσιν* eſt *κατ' οὐσίαν*, ex eodem contractu, ex ſubſtantia contractus.

9. Eorum autem pactorum, quæ contra ſubſtantiam contractuum adhibentur, eorumve naturæ repugnant, quædam tanquam acceſſiones inſuper habentur, & nullius momenti ſunt ſalvo contractu; veluti ſi convenerit in ſocietate, ut ab ea non liceat recedere, *l. 14.* junct. *l. nulla, 70. ff. pro ſoc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat, *l. ſi non fuerint 29. §. 2. eod.* in depoſito aut precario, ut non niſi poſt certum tempus repetatur, *l. 1. §. antepen. & pen. ff. dep. l. cum precario, 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti ſi in depoſito, commodato, mandato convenerit, ut merces præſtetur: hic enim ex depoſito, commodato, mandato quæ natura ſua gratuita ſunt, efficietur locatio & conductio, *l. 1. §. ſi veſtimenta, 8. ff. depoſ. l. 5. §. 2. ff. commod. l. polienda, 22. ff. de præſcr. verb. §. 2. Inſt. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inſt. mand.* Natura emptionis & venditionis eſt, ut pretium & merx inter ſe commutentur, locationis & conductionis, ut merces & uſus rei: ſi convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio eſt, non emptio aut locatio, *l. ſi quis, 38. ff. de contr. empt. l. ſi quis, 46. ff. locat.* Natura ſocietatis eſt, ut uterque aliquid conferat; ſi convenerit, ut alter ſolus conferat, alter nihil; non ſocietas, ſed donatio eſt, *l. 5. §. ult. pro ſoc.*

10. Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti ſi quis pecuniam hac lege depoſuerit, ut depoſitario ea uti liceret, & ut præſtaret uſuras: hæc enim conventio licet excedat depoſiti modum; non tamen efficit, ut res

in

Digitized by Google

in alium contractum abeat, *l. Lucius*, 24. *l. Publia*, 26. §. 1. *ff. depoſ.* add. Hotom. *illuſt. q.* 36. & 37. Cujac. 2. *obſ.* 15. & *ad l.* 7. §. *quinimo*, 5. & *ſ. q. ff. hoc tit.* Pac. Duar. & Baron. *ibid.* Barcholt. *cap. ult. de pact. n.* 56. & 57. Bachov. *cap. de pact. renovat.*

11. Explicemus nunc, quod hic locus omnino poſtulat, quando pactum in continenti contractui adjectum eſſe intelligatur. Ex continenti ſive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio eſt Juriſconſultis familiaris, idem ſignificans, quod ſine ulla intermiſſione, e veſtigio, illico, confeſtim, continuo, παραχρῆμα εὐθύς, quibus opponuntur *poſtea*, *poſt tempus*, *ex intervallo*, κατὰ χρόνον. Eum, qui cum armis venit, poſſumus armis repellere; ſed hoc *confeſtim*, ait Ulp. in *l.* 3. §. *eum autem*, 9. *ff. de vi & vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permiſſum dejicere, non *ex intervallo*, ſed *ex continenti*, quod Julianus in *l. qui poſſeſſionem*, 17. *ff. eod.* dicit *illico*, *in ipſo congreſſu*. In *l. ſi uſuras*, 21. *C. de uſur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem e veſtigio ſecuta eſt. In *l. lecta*, 40. *ff. de reb. cred. l. ſi ita*, 135. §. *Seja*, 2. *ff. de verb. oblig. l.* 3. *C. de ædil. act.* pactum in continenti factum aut ſecutum, eſt pactum contractui continuo appoſitum, junctumque quaſi negotii quadam continuatione.

12. Continens enim inter alia Latinis idem eſt, quod Græcis συνεχὲς. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id eſt, in ſuburbiis, ἐν προαστείοις *l. ædificia*, 139. *l. mille paſſus*, 154. *l. collegarum*, 173. §. 1. *l. abſentem*, 199. *ff. de ver. ſign.* Qui in continentibus urbis nati ſunt, Romæ nati intelliguntur, *l.* 147. *eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ ſunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari, *l. nocionem*, 99. §. 1. *eod.* Cicero in epiſtolis partem Cappadociæ continentem cum Cilicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re ſubjecta aliter atque aliter accipiuntur.

13. Interdum *in continenti* accipere debemus ἐν πλάτει cum modico ſpatio & laxamento aliquot temporis, quo arbitrio judicis ſit definiendum, *l.* 1. §. *item ſi ita*, 8. *ff. ad leg. Falc. l. ratum*, 13. *ff. de ſolut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur, *d. l. notionem*, 99. §. 1. *de verb. ſing.* In lege Julia de adulteriis coercendis, qua permiſſum patri filiam in adulterio deprehenſam una cum adultero occidere, ſed in continenti, τὸ *in continenti* ſic acceptum eſt, ut ſi dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non diſſimulante, & interpoſitis horis apprehenſa ſit, & a patre, qui eam perſequebatur, occiſa, in continenti occiſa videatur, *l. quod ait lex*, 23. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Interpoſitis horis, eſt μετά τινας ὥρας, poſt horas aliquot, ut Græci *lib.* 69. *Baſilic. tit.* 37. Interdum & quod triduo poſt factum eſt, ex continenti factum intelligitur, ut in ſpecie *l. ult. C. de err. adv.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defenſionum Græci interpretantur in continenti ἐντὸς δύο ἡμερῶν, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib.* 5. *Obſ.* 18.

14. Pacta autem ex continenti fieri dicuntur quæ fiunt in ingreſſu contractus, *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. h. tit.* in ingreſſu, id eſt, initio contractus, *l. initio*, 5. *C. de pact. int. empt. l. contractus*, 23. *de reg. jur. l. ſi alienam*, *C. de fidejuſſ.* quæ ab initio fiunt *l.* 5. §. 2. *ff. commod. l. Lucius*, 24. *ff. depoſ. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingreſſum non debemus intelligere primum contrahentium congreſſum de re aliqua tractare incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri poſſunt, cum de re ipſa nihildum tractatum eſt, ſed quæcumque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum eſt, ea contractus initium recte appellamus, quia plenum in rem conſenſum antecedunt: item ingreſſum, quia ſunt ejuſmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum conſenſum. Neque enim verbi cauſa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter ſe cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur, ſed longum ſæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat, *l.* 8. *C. de reſc. vend.* Qua ratione quæ in ingreſſu contractus fieri dicuntur, *d. l.* 7. §. *quinimo*, alibi dicuntur fieri tempore contractus, *l. pen. C. de pact. int. empt.* quia ſcilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, ſeu in negotio gerendo, ut hoc expreſſit Ulpianus *l. paciſci*, 31. *ff. hoc tit.*

15. Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox ſine ullo intervallo ſubjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici poſſe fatentur ſecundum verbi ſignificationem, ſed negant id poſſe intelligi in quæſtione propoſita, cum ſcilicet, *in continenti* & *poſtea* ſive *ex intervallo*, opponuntur, & ſane non ſine ſpecioſis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulp. *d. l.* 7. §. *quinimo*, quæ legem contractui dant, id eſt, quæ ſunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet. At non alia pacta videntur legem contractui dare poſſe, quam quæ interponuntur antequam de re conveniat in negotio gerendo, cum adhuc contractus eſt in fieri, ut poſſit per pactum formari, ut loquitur Caſtrenſis in *d. l.* 7. §. *quinimo*, Contractus autem jam perfectus & abſolu-

Digitized by Google

ſolutus non poteſt eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter ſe pugnent, venditionem verbi cauſa contrahi ſimpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* ajunt, non tantum ſcriptum eſſe, eam conventionem valere, quæ facta eſt initio venditionis: ſed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non ſit. Neminem autem dicere poſſe pacta in ingreſſu aut initio contractus facta eſſe, quæ contractu jam perfecto ſecuta ſunt: licet enim ſtatim ſequantur, fieri tamen poſtea, id eſt, poſt contractum negotium. Quamobrem etſi maxime non repugnat ſignificationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e veſtigio apponuntur; tamen non poſſe dici adjecta in ingreſſu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique inſint & partem ejus conſtituant. Verum enim vero vix eſt, ut ego huic ſententiæ acquieſcere poſſim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo*, ubi Juriſconſultus ſic definit; ſiquidem pacta ex continenti ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſit; ſin ex intervallo, non item. Nam his verbis, ſi quid ego video, ſatis aperte ſignificat etiam ea pacta, quæ poſt contractum, dummodo ſine intervallo, ſubjiciuntur, ex parte actoris ineſſe: ex adverſo vero non ineſſe, ſi quid poſt contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipſe poſtea hoc explicat. Et huic ſimile eſt, quod Imperatores in *l. 3. C. de ædil. act.* reſcribunt, poſſe emptorem experiri ſecundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti ſecuti: ubi palam eſt per pactum antecedens intelligi id, quod in ingreſſu ſive initio aut tempore contractus interpoſitum eſt; in continenti ſecutum, quod mox contractui adjectum. Unde neceſſario conſequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti ſubjiciuntur contractui bonæ fidei ex parte actoris ineſſe, actionemque ex contractu deſcendentem formare, ejuſque velut partem cenſeri διὰ τὴν συνέχειαν, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, neceſſe non eſt ſic præciſe accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente ſubſequitur, & demum, quaſi ſerio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod ſtatim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas, *l. ſi quis, 25. §. juſſum, 4. ff. de acq. hær.* in ipſo negotio interpoſitum dicitur, *l. obligari, 9. §. tutor, ff. de auct. tut.* eo quod συνεχῶς, continenter, & quaſi calente adhuc negotio ſubſequitur, & ſic etiam in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit, qui ſtatim atque ſolutum eſt, conſtituit, *l. 1. in fin. ff. de ſolut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo, ff. hoc tit. ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant; id eſt quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* Nam particula, *id eſt*, hoc loco non eſt ὁριστικῶς, ſed παραδειγματικῶς, non definit, ſed declarat, quemadmodum paſſim exemplis deſervire ſolet, uti obſervare licet in *l. ſi ex cauſa, 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 3. §. cæterum, 12. ff. de acq. poſſ.* ſexcentiſque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum, 8.* ibi, *id eſt, ne a L. Titio petam.* Perinde igitur verba iſta accipienda ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *ea pacta inſunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* Pacta quoque ſtipulationi in continenti ſubjecta ſtipulationi ineſſe reſponſum eſt, *l. lecta, 40. ff. de reb. cred.* ſed nimirum, quod locus iſte ſolummodo probat, ex parte rei; ex parte vero actoris in ſtipulationibus, quarum ſtricta eſt natura, tantundem dicere non auſim. Sed de eo poſtea ex profeſſo.

CAPUT X.

An pacta in continenti adjecta contractibus ſtricti juris ex parte actoris ſimiliter inſint, ut bonæ fidei judiciis?

1. *Argumenta, quibus oſtenditur, pacta, licet in continenti facta, non ineſſe ſtrictis judiciis ex parte actoris.*
2. *Removetur objectio quædam ex* l. 1. §. quod vulgo, 25. de vi & de vi arm.
3. *Nullum locum in jure noſtro occurrere, quo probari poſſit pactum mutuo aut ſtipulationi in continenti appoſitum actionem parere.*
4. *Cur uſuræ in bonæ fidei judiciis ex pacto ſtatim appoſito debeantur, creditæ pecuniæ non item.*
5. *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur, pacta mutuo adjecta prodeſſe creditori ad actionem.*
6. *Reſpondetur ad argumentum ductum ex* l. traditionibus 48. hoc tit.
7. *Non recte ex* l. venditor. 13. comm. præd. *colligi, pacta ex continenti facta ſtipulationi ineſſe a parte ſtipulatoris.*
8. *Explicatur* l. petens. 27. C. hoc tit.
9. *Sententia* l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. ſi ita quis, 135. §. 2. de verb. obl.
10. *Interpretatio* l. lecta, 40. de reb. cred.
11. *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum eſt.*
12. *Concluſio & ſumma præcedentis diſputationis.*

QUÆSTIO eſt agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti ſubjiciantur contractibus ſtricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, proſintque actori ad actionem, in ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei, Mihi verior ſemper

per

per viſa eſt ſententia negantium, quam & amplexi ſunt Cujac. & Buſ. *ad l. 7. §. quinimo, 5. ff. hoc tit.* Alciat. & Donell. *ad l. in bonæ, 13. C. eod.* & noviſſime duo eximii Juriſconſulti Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius *in tit. C. eod.* nec non Henr. Zoeſ. ad Pand. *eod. n. 61. & ſeq.*

1. Etenim perſuadere mihi non poſſum fruſtra eſſe, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris ineſſe, nominatim adſunt, in bonæ fidei judiciis, *d. l. 7. §. quinimo, l. in bonæ, 13. C. eod.* Quorſum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, niſi ut intelligamus in ſtrictis judiciis non idem juris eſſe? Non licet hic dicere Juriſconſultum in *d. l. 7. §. quinimo, 5. & ſeq.* exempli dumtaxat cauſa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris ſit in judiciis ſtrictis: quoniam cum variis exemplis rem illuſtret, nullam tamen profert, niſi judiciorum bonæ fidei. Si cum dicitur, in bonæ fidei contractibus uſuras ex mora deberi, *l. mora 32. §. 2. ff. de uſur.* hoc ſignificari conſtat, deberi in hiſce judiciis tantum; non etiam in judiciis ſtricti juris: quippe in quibus non debentur, niſi in ſtipulationem deductæ, *l. Titius, 24. ff. de præſc. verb. l. 3. C. de uſur.* Similiter cum dicunt Conſulti exceptiones pacti & doli ineſſe bonæ fidei judiciis, *l. 5. ff. de reſc. vend. l. ſed & ſi, 21. in fin. ff. ſol. matr.* Hoc eos dicere intelligimus, in his ſolum ineſſe, in ſtrictis non item: quoniam in ſtrictis exceptiones non veniunt, niſi nominatim conteſtatæ, *l. ſi quidem, 9. l. ult. C. de except.* Denique ſupervacuum & ineptum eſſet de bonæ fidei judiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter ineſſent omnibus contractibus, quibus ſubjiciuntur.

2. Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronunciare, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dicit. Juriſconſultus in *l. 1. §. quod vulgo, 25. ff. de vi & vi arm.* ſcribit, ſaltuum hibernorum æſtivorumque retinere nos animo poſſeſſionem. Id enim ait exempli tantum cauſa Proculum dixiſſe: ceterum idem eſſe in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut poſſeſſionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta ſit de ſaltibus hibernis & æſtivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere ſolemus, *l. 3. §. ſaltus 11. ff. de acq. poſſ.* quod in aliis prædiis ita fieri non ſolet: Eadem tamen omnium ratio eſt, quod attinet ad poſſeſſionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris in re propoſita ratio longe ſit diverſa.

3. Poſtremo nullus in libris noſtris locus occurrit, quo probari poſſit, pactum mutuo aut ſtipulationi quantumvis in continenti appoſitum, actionem parere, contractibus iſtis legem dare, actionemve eorum formare, ita his ineſſe, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi poſſit ad id, quod pacto comprehenſum eſt, augere aut extendere verborum aut pecuniæ creditæ obligationem. Proponamus me ſtipulatum eſſe fundum dari, & deinde conveniſſe in continenti, ut ad fundum accederet familia ruſtica aut boves aratorii; nam pactum ſtipulationi apponi non poteſt, niſi poſt reſponſionem; cum id quod verbis ipſis continetur, pars ſit ſtipulationis. Ajo familiam ruſticam boveſque aratorios neque ex pacto neque ex ſtipulatu peti poſſe; ut pactum factum ſit ſtatim & ſubjectum ſtipulationi. Ratio eſt, quia natura ſtipulationis hæc eſt, ut quoniam verbis, non ſolo conſenſu fit, pro omiſſo habeatur, quidquid palam verbis non eſt expreſſum, *l. quicquid, 99. ff. de verb. oblig.* Similiter ſi tibi centum dedero mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum mihi redderes & alia quinque; nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia de re obligatio contrahi non poteſt ultra quam datum, *l. ſi tibi, 17. pr. ff. hoc tit.*

4. Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur, quod interpoſita ſtipulatione? Uſuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto ſtatim appoſito debentur, *l. cum quadam, 17. §. ex locato 4. ff. de uſur. l. 5. C. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item *l. 3. C. de uſur.* Cur tam varie? An quia uſuræ odioſæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis uſuræ ex pacto peti poſſent, per *l. quod ſi locus, 11. ff. de religioſ. l. 7. de ſerv. export.* & quid ſi convenerit, ut uſuræ unciæ duntaxat, aut ſextantes præſtentur? Denique non a favore vel odio, ſed ex eo, quod pacta vel inſunt, vel non inſunt, quæſtionis hujus deciſio petenda: fieri enim non poteſt, quia ubi pactum contractui ineſt, partemque ejus conſtituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum quod pacto comprehenſum eſt, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ a Paulo redditur *lib. 2. ſent. 14.* ſcilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non naſcitur. Quibus verbis manifeſte ſignificat, nulla pacta mutuo adjecta ineſſe ex parte actoris, ſive prodeſſe ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus tranſire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio eſt, & eorum maxime, qui ſolo conſenſu conſtant, ita & omnem conſenſum, tanquam naturæ ſuæ convenientem admittunt: ac de his potiſſimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interpoſita & ipſa his contractibus inſint; cæterum præter exemplum de uſuris in depoſito irregulari, *l. Lucius, 24. ff. depoſ.* non alia quam quæ circa præſtationes horum contractuum fiunt; veluti ut in depoſito culpa quoque præſtetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam

caſus

caſus fortuitus, *l.* 1. §. *ſi convenit*, 6. *ff. depoſ. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. *Cod. eod. l. qua fortuitis*, 6. *C. de pign. act.* cujuſmodi tamen pactis locus eſſe non poteſt in mutuo. Argumentorum, quibus hæc ſententia oppugnatur, & contraria adſtruitur, magna eſt copia, cæterum vix unum & alterum, quod ſtringat. Congeſſit ea Joh. Gœddæus *tract. de contr. & commit. ſtipul. c.* 8. *concl.* 2. ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus ſtrictis pacta ex continenti facta ineſſe a parte actoris, actionemque verbi cauſa ex ſtipulatu aut condictionem certi formare: quæ & DD. communis eſt opinio, probata quoque Hotomanno *illuſtr. q.* 36. & 1. *amicab. reſp. c.* 31. Duareno & Ant. Fabro in *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. hoc tit.*

5. Primum videbimus, an ita ſe res habeat in mutuo. Affertur hic pro firmamento iſtius aſſertionis textus in *l.* 3. *ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etſi cautum non ſit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit, reddere. Ex quo colligunt, ſi hoc cautum ſit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris ineſſe, eique prodeſſe ad actionem. Ridicule. Nihil enim illa cautio addit mutuo: quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data eſt, naturæ ipſius mutui inſit citra ullam aliam conventionem, ut ipſe Pomponius hoc explicat, ait Gœddæus poſſe mutuum contrahi cum pacto depoſiti, idque probari exiſtimat per *l. quod ſi*, 10. *ff. de reb. cred.* ubi tamen inverſus caſus proponitur; nempe pecuniæ depoſitæ ſub lege mutui, ut liceret depoſitario, ſi velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutuo dediſſe ea lege adjecta, ut ſi non utaris, ſint apud te depoſita: nihil hoc ad præſentem diſputationem pertinet: nam ex hujuſmodi pacto non novam induit mutuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi poteſt ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud ſe depoſitam: ſed ſi, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, ſi non utatur, depoſitum. Non majoris ponderis eſt argumentum petitum ex *l. aut mutua*, 6. *ff. de eo quod cert. loc.* poſſe nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut ſolvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, ſed potius reſtringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor poſſit alibi conveniri. Utique non ea eſt hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli poſſit ad ſolutionem illo loco faciendam.

6. At enim generaliter, ajunt, definitum eſt, in traditionibus rerum, quodcumque pactum ſit, id valere, *l. in traditionibus* 48. *hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Reſpondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam ſi datio & traditio ſit irrevocabilis; cujuſmodi eſt in iis, quæ conſtituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquiſſimum eſt, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firme cuſtodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipſa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia a pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam a jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præſtetur: quibus ut pacta, quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum eſſe, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non exiſtimo his pactis me firmiter obſtringi; maxime cum mutuum natura ſua ſit gratuitum, & hujuſmodi pacta in fraudem legum de uſuris fieri poſſint. Nec dubito, quin falſa ſit ſententia Ant. Fabri in *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hiſce caſibus actionem præſcriptis verbis competere quaſi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non poteſt eſſe contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum eſſet, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc diſputatio eſt de pactis actionem ipſius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipſam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehenſum eſt.

7. Sed fortaſſis procedit iſta opinio in pactis adjectis ſtipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ulpiani in *l. venditor*, 13. *ff. comm. præd. perſonæ poſſidentium per ſtipulationis vel venditionis legem obligantur*, quaſi his verbis id ſignificaret Juriſconſultus, obligari poſſidentes per pactionem ſtipulationi aut venditioni adjectam. Atqui ſpecies ipſa illic propoſita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum caſus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod ſubjicitur, poſſidentium perſonas obligari per ſtipulationis vel venditionis legem: id non eum ſenſum habet, quem Hotomannus & Gœddæus putant, ſed hunc, obligari eos per ſtipulationem vel pactionem venditioni adjectam, ſive per legem ſtipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pacto ſolum, ſed etiam ſtipulato ſtatim contractui adjecta lex dicitur, *l. legem*, 9. *C. de donat.* Cujac. 8. *ad African. in l.* 24. *ff. de præſcr. verb.*

8. Mirifice autem ſententiam ſuam juvari putant reſcripto Imperatorum in *l. potens*, 25. *C. hoc tit.* nam illic ita ſcriptum eſt: *Petens ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta eſt, ſeu anteceſſit pactum, ſive poſt ſtatim interpoſitum ſit, recte ſecundum ſe ferri ſententiam po-*

ſtulat,

Digitized by Google

ſtulat. Hic Hotomanus, quid aliud eſt, inquit, petentem ex ſtipulatione, quæ pactum anteceſſit, audiendum eſſe, niſi actionem ex ſtipulatione, cui pactum in continenri ſubjectum eſt, competere? Denique ad actionem procurandam nihil intereſſe, utrum ante, an poſt ſtipulatio facta ſit. Sed non videtur Hotomannus ſatis penſiculate reſcriptum illud examinaſſe. Verba ipſa oſtendunt agi illic de eo caſu, quo quid petitur ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta ſit, ſive de ſtipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præceſſerit, an poſt ſtatim interpoſitum ſit. Prima facie hæc inter ſe pugnare videntur: quomodo enim fieri poteſt, ut ſtipulatio ſequatur pacti ejus ſervandi cauſa, quod ipſum demum poſt ſtipulationem interponatur? Et certum eſt eodem ſenſu ac ratione utrumque ſimul ſtatui non poſſe; at diverſis rationibus poteſt. Nam quæ ſtipulatio præcedit tempore vel ſcriptura, ea nihilominus recte dicitur ſequi, nempe natura & intellectu, ut bene Cujac. 10. *obſ.* 24. Donel. *ad hanc l.* 27. *C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & ſtipulatione, de quibus agitur, duplex ordo eſt; naturalis unus, quem ſibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter ſcripturæ, quo duo iſta in inſtrumento ſcribuntur. Ordine naturæ ſtipulatio omnis, quæ adhibetur pacti ſervandi cauſa, ſemper ſequitur: prius enim eſt, ut ſit pactum, quam ut firmetur ſtipulatione. At ſcripturæ ordo inverti poteſt, ut incipiatur a ſtipulatione hoc modo: *Quæ infra ſcripta ſunt, ea ſibi dari fieri ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondit Lucius Titius. Quæ autem inter ſe pepigerunt, ea ſunt, quæ ſequuntur*, &c. Hoc vero cum ſit, locus eſt huic reſcripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronuntiat, ineptiſſime in hoc reſcripto legi *ſecuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum ſtatim poſt ſtipulationem interponatur, id non exigunt propter ſtipulationem, ſed propter pacta quæ ſequuntur, ut ſciatur, utrum ad præcedentem ſtipulationem pertineant, nec ne.

9. Ad hæc non leve momentum ad ſententiæ ſuæ confirmationem reperiſſe ſe exiſtimant in *l.* 4. §. *ult. ff. hoc tit.* & *l. ſi ita quis*, 135. §. 2. *ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid præſidii ſibi poſitum putent, juſtam cauſam habent. Nam quod ad *d. l.* 4. §. *ult. ff. hoc titul.* attinet, ſive caſum ita formemus, ut ponamus ſtipulationem ſortis & uſurarum præceſſiſſe, ac mox huic ſtipulationi pactum ſubjectum de non petenda ſorte, donec uſuræ ſolverentur: ſive cum Accurſio dicamus præceſſiſſe conventionem, quam ſecuta ſit ſtipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia*, 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* neutrum efficit, quod volunt. Nam nec ulla hic quæſtio eſt, an pacta detrahentia a parte rei inſint, neque ipſo jure defenſionem pariant in continenti ſtipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l.* 4. §. *ult.* ſed an pacta adjicientia & augentia obligationem inſint a parte auctoris, eique proſint ad actionem: nec ille caſus huc pertinet, cum non pactum ſtipulationi, ſed ſtipulatio pacto ſubjicitur. Atque ad hanc eandem rationem fruſtra quoque ſibi opem quærunt in reſponſo Juriſconſulti in *d. l. ſi ita*, 135. §. 2. *ff. de verb. oblig.* quippe cum nec in ſpecie illic propoſita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, ſed duntaxat ad temperandam conditionem ſtipulationis; atque hanc ſolummodo vim habeat, ut non poſſit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10. Unus maxime locus ſententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta*, 40. *ff. de reb. cred.* Nam etſi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti ſtipulationis facta ad actionem prodeſſe (nihil enim hoc ad quæſtionem illic propoſitam pertineret, cum agat ille de eo pacto, quod pactus erat creditor, non ut peteret, ſed contra ne peteret ſolidam ſortem, quæ prius ex ſtipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura ſua non poteſt) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta ſtipulationi ineſſe, eo dicto nihil aliud ſignificare, quam pacta in continenti facta ex ſtipulatione, eſſe partem ſtipulationis, denique ſtipulatione contineri; quod intelligetur ex quæſtione illi propoſita. Promiſſa erat ſors tota Calendis cum uſuris totius ſortis. Pactum ſecutum eſt ex continenti ut ſors non jam tota ſolveretur Calendis, ſed particulatim conſtitutis certis penſionibus in ſingulos menſes. De uſuris quærebatur, an ſi tota ſors ex conventione ſoluta non eſſet Calendis, nihilominus totius ſortis uſuræ deberentur. In hac quæſtione ut efficiat Paulus totius ſortis uſuras non deberi, ſed ejus tantum penſionis, quam ſolvi oportuit, propoſitum illi eſt oſtendere ſuperiore pacto receſſum eſſe a ſtipulatione ſortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, ſed ipſo jure, quaſi eo pacto renovata ſit præcedens ſtipulatio, id eſt, quaſi ſecundum hoc pactum ſtipulatio ſortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum ſtipulationi ineſſe videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta ſtipulatione contineri. Hoc autem ſi verum eſt, conſequens eſt contra quam dicebamus, ſi quod pactum in continenti ſecutum eſt ſtipulationem, actionem eo nomine naſci ex ſtipulatione: quandoquidem ex ſtipulatu actio competit de iis rebus, quæ ſtipulatione continentur. De quo ut jam reſpondeam, non nego hoc ipſum ſignificari a Paulo, ſi quis generalitatem dicti ſequi velit, non mentem intueri & ſententiam ſcriptoris: ſed verbum generis reſtringendum eſt ad id, de quo illic eſt ſermo, & di-

dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc eſt, de quo nunc agitur, id eſt, quæ fiunt de ea re, quæ in ſtipulationem deducta eſt, ea pacta ſi in continenti ſeu e veſtigio ſequantur ſtipulationem, ſtipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri ſtipulationem, ac ſi in verba eorum a principio ſtipulatio eſſet concepta: id enim fieret, ſi ea ſtipulatione continerentur. Quod ſi pactum erit de alia re, quam quæ in ſtipulationem deducta eſt, haud dubie non continebitur illud ſtipulatione: nam quomodo contineri poteſt, quod verbis ſtipulationis non eſt comprehenſum? *l. quidquid 99. ff. de verb. oblig.* Neque hæc inter ſe pugnant. Multum enim intereſt, utrum obligationi quid detrahas, ut in ſpecie Paulo propoſita factum eſt, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio ſit aut dies, aliave qualitas, an vero ſit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem ſtipulationis mutare poſſumus, manente ſtipulationis ſubſtantia, quæ ex re promiſſa conſtat, dummodo diverſitas illico placuerit, *l. 1. §. 3. d. t.* Novam autem ſtipulationem conſtituere, aliam atque aliam rem promittendo ſine verbis, id eſt, ſine interrogatione & reſponſione non poſſumus.

11. Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda eſt, quia placet orationem omnem, quantumvis generalem de his tantum accipiendam eſſe, de quibus actum eſt, ut innumeris locis oſtendi poteſt *l. qui cum, 9. §. ult. ff. de transact. l. ſi de certa, 31. C. eod. l. de eo, 12. §. ff. ad exhib. l. ingenuum, 25. de ſtat. hom. l. ſi procurator, 35. ff. de acq. rer. dom. §. fratris, 3. Inſt. de nupt.* Quidam putant pactum in ſuperiore ſpecie prodeſſe etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas penſiones ſingulas earumque ſua die non ſolutarum uſuras. Sed male. Nam creditor, qui totius ſortis actionem ex ſtipulatione habuit, utique habuit & ſingularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non deſiderat. Non poteſt pactum hic propoſitum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim poſſet actio eſſe ex ea conventione, quæ non ad obligandum promiſſorem interpoſita, ſed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, ſed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæſtio erat, an pacto iſto etiam a ſtipulatione uſurarum receſſum eſſet, ſolutio quoque uſurarum dilata ac diviſa. Si verba ſpectamus, non videtur; ſi vim ac poteſtatem, contra. Nam cum ita paciſcendo ſortis ſolutionem diſtulerit & diviſerit creditor, conſequens omnino eſt, ut etiam diviſiſſe intelligatur ſolutione uſurarum.

12. Ut ſummatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ ſtipulatione comprehenſa eſt, ſive hæc detrahant aliquid de ſumma præcedente, ſive detrahant ſtipulationi diem aut conditionem, ſive hæc duo ſtipulationi adjiciant, omnia ſunt hujuſmodi, ut ſi in continenti, id eſt, ſtatim & ſine intervallo ſtipulationi ſubjiciantur, recte dicantur ſtipulationi ineſſe: atque his pactis ita renovatur ipſo jure ſtipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde ſit, quaſi nec in ſtipulationem veniſſet, ſive ſumma detrahatur, ſive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde ſit, ac ſi a principio hoc ſtipulatione comprehenſum eſſet. Intelligi autem debet omnia hæc pacta eſſe hujuſmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehenſione ſtipulationis: nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur ſtipulationi, ſcilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui ſtatim pecunia peti potuiſſet. Hoc intellecto recte dicemus pacta omiſſa ſtipulationi ipſo jure detrahere; ſeu efficere, ut quod in his ex continenti factis ſtipulationi detrahitur, nec deductum in ſtipulationem videatur, detracto ſine intervallo conſenſu, quamvis verbis manentibus. Quod ſi pacta obligationi adjicient, id eſt, de alia re præſtanda facta erunt, quam de ea, quæ ſtipulatione continetur, hæc ita ſtipulationi ineſſe non poſſunt, ut his ſubjectis ex ſtipulatione agi poſſit, *arg. l. quidquid 99. ff. de verb. obl.* Hæc ferme ſumma eſt eorum, quæ in hanc ſententiam fuſe diſputantur a Donello in *d. l. lecta, 40. ff. de reb. cred. n. 23. & ſeqq.* add. Cujac. *in l. ſi ita, 135. ff. de verb. oblig.*

CAPUT XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interpoſito cautum?

1. *Ex pacto in bonæ fidei contractu interpoſito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appoſitum.*
2. *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præſcriptis verbis dari exiſtimant.*
3. *Species* l. Labeo, 50. de contra. empt.
4. *Baldi & Duareni ſententiam juvari* l. 6. reſc. vendit. & l. 2. Cod. de pact. int. empt.
5. *Cur recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam* vel *in* d. l. 2. *eſſe correctoriam.*
6. *Ex pactis, quæ tendunt ad diſſolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præſcriptis verbis.*
7. *Falſum eſſe oſtenditur, quod quidam exiſtimant non poſſe ex negotio competere duplicem actionem, quarum una ſit bonæ fidei, altera ſtricti juris.*
8. *Movetur difficultas* ex l. 4. de leg. commiſſ. & l. 16. de in diem addict.
9. *Bachovium, dum hinc ſe expedire conatur, ſubtilem agere.*

10. Non

Digitized by Google

10. *Non pugnare* d. l. 4. & d. l. 16. *cum ſententia tradita n. 6.*

1. QUÆ hic noſtra ſit ſententia, ex iis, quæ ſuperioribus capitibus diſſeruimus, facile intelligi poteſt. Diximus illa pacta duntaxat ineſſe quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præſtationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum eſt. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus in contractus, cujus in continenti appoſita ſunt. Nam quod Baldus in *l. 7. §. quinimo, hoc tit. n. 4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujuſmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ ſit ipſius contractus; alteram præſcriptis verbis, quæ naſcatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari poteſt.

2. Eſt enim conſtanter traditum, ubi actiones uſitatæ & nominatæ competunt, non eſſe locum actioni præſcriptis verbis, ſed ad hanc demum decurri illis deficientibus *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præſcr. verb.* itaque ſi, verbi causâ, tibi vendiderim partem inſulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut inſulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut venderim prædium ita ut uſuras, propter quas erat obligatum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio ſit ex vendito aut empto, *l. fundi, 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventione, 1. l. C. hoc tit.* actio propria contractus, cui inſerta ſunt, præſcriptis verbis ex his non dabitur, idemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta ſunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo, 5. hoc tit.* Nam ſi pacta ex continenti interpoſita hactenus ſolum operantur, quatenus contractui inſunt & formant actionem ex contractu deſcendentem, non poterit ex his competere actio præſcriptis verbis; quippe cum eatenus non inſint, nec actionem forment: quatenus enim inſunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. Et actio præſcriptis verbis eſt actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta poſſunt, quam quatenus & ipſa conſtituerent contractum innominatum, ut ipſi contractus formati pro dationibus & factis haberentur, quod abſurdum eſt, eoque poſito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum eſſe ſupra demonſtravimus.

3. Nihil pro diſſentientibus facit *l. Labeo, 56. ff. de contr. empt.* Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, ſed de venditione contracta ſub conditione, quod etiam locus ipſe ſatis oſtendit. Proponitur bibliotheca vendita ſub hac conditione, ſi decuriones Campani locum emptori vendidiſſent, in quo eam poneret. In hac ſpecie ſi per decuriones Campanos non ſtet, quo minus conditio impleatur, Labeo actionem præſcriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præſtet, quod ejus intereſt conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem ſtabat, quo minus impleretur.

4. Præcipue vero moti videntur Baldus, & alii *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de reſcind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti reſtitueretur; in altera, ſi res quæ venit, intra certum tempus diſpliciuiſſet, redderetur; atque utroque caſu conceditur vel actio ex empto, vel in factum præſcriptis verbis.

5. Hic ergo probare non poſſum, quod a quibuſdam reſpondetur ad *l. 2. C. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, ſed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præſcriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita eſſe accipienda, quaſi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti poſſet: ſed poſteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id perſuaderi poſſe non exiſtimo. Apud Paulum Alexandri conſiliarium in *d. l. 6. ff. de reſc. vend.* converſo modo ſcriptum eſt duas actiones ex pacto illic propoſito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic reſpondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum ſimili modo eſſe correctoriam, non διαζευκτικὴν, is ſolam admiſerit actionem in factum præſcriptis verbis, non ex empto: ſin minus, fateatur utramque in ſpecie Paulo propoſita competere. Apud Pomponium ex ſententia Celſi relatum eſt, ſi juſſerim liberum hominem, qui bona fide mihi ſerviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præſcriptis verbis experiri me poſſe *l. is, qui, 13. §. 2. comm.* Quod ſi hic particula *vel* corrigendi vim habet, præſcriptis verbis duntaxat, non etiam mandati experiri potero.

6. Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi caſus ſingulares, & pacta ejuſmodi, quæ tendunt ad diſſolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum ſit, apud veteres ſit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda eſſet: exempli cauſa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis diſtrahendæ gratia appoſitum eſt, nam certo jure jam olim admiſſa hic fuit actio præſcriptis verbis, *l. ſi vir uxori, 12. ff. de præſcr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi poſſe, ita tamen, ut & altera adhuc manſerit, atque in arbitrio paciſcentis jam ſit, utra in hujuſmodi caſibus experiri velit.

Digitized by Google

7. Quod vero quidam exiſtimant ne his quidem caſibus cum actione ex contractu concurrere poſſe actionem præſcriptis verbis, neque fieri unquam poſſe, ut ex eodem negotio & actio, verbi cauſa, ex vendito detur, & actio præſcriptis verbis, propterea quod illa bonæ fidei, hæc ſtricti juris ſit, id ego falſum eſſe non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex cauſa emptionis, locationis, mandati, ſocietatis, tutelæ, negotiorum geſtorum utar condictione certi, quæ ſtricti juris eſt *l. 3. §. 1. l. 9. pr. & §. 3. ff. de reb. cred. l. in duobus, 28. §. exceptio, 4. ff. de jurejur.* quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere poſſim. De commodato, depoſito, pignore idem dicendum eſt, *l. 4. §. 1. & d. l. 9. §. 3. ff. de reb. cred.* Et eſt extra pecuniam numerandam hic etiam locus condictioni triticiariæ, *l. 1. ff. de cond. tritic.* Nulla autem condictio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio eſt bonæ fidei. Et quidni debitor ſoluto debito pignus condicere queat condictione ſine cauſa? *l. 4. §. 1. ff. de reb. cred.* Sic in ſpecie *l. 2. ff. de cond. ſine cauſ.* locati actio cum condictione ſine cauſa concurrit in *l. ex empto, 11. §. is qui vina, 6. ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem condictione ſine cauſa.

8. Sed hic nobis occurritur ex *l. 4. ff. de leg. commiſſ. & l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* quibus & ipſis locis de iis pactis agitur, quæ ſpectant ad diſſolutionem contractus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo ſunt interpoſita. Etſi autem hoc ſententiam noſtram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta ſunt; tamen alia parte nobis adverſatur, quatenus dicimus ex pactis reſolutoriis, quæve tendant ad contractus, cui apponuntur, reſciſſionem, utramque actionem competere, & præſcriptis in factum verbis, & eam, quæ ſit ex contractu. Hic

Pauci, quos æquus amavit
Jupiter &c.

expedire ſe potuerunt.

9. Bachovius Juriſconſultus ſubtiliſſimus, non tamen tam ſuæ ſententiæ adſtructor, quam deſtructor alienæ, exiſtimat eſſe iterum aliquid ſingulare in caſibus, qui referuntur *d. l. 16. ff. de in diem add. & d. l. 4. ff. de leg. commiſſ.* propter quod ex iſtis pactis, utut reſolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui ſunt appoſita, detur non etiam præſcriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præſcriptis verbis non datur, niſi in id, quod intereſt impletum eſſe, de quo convenit: cui conſequens ſit, ubi poteſtate legis impletur, quod in conventionem deductum eſt, ibi ceſſare actionem præſcriptis verbis; idque evenire in lege commiſſoria & addictione in diem, ſi pecunia ſua die ſoluta non ſit aut melior ſit allata conditio; utpote quibus caſibus ipſo jure, & ſine ulla actione contractus reſolvitur *l. 1. l. 5. ff. de leg. commiſſ. l. 2. pr. l. 4. §. 3. l. 9. ff. de in diem addict.* Quod ſi porro quis objiciat, reſoluto ipſo jure contractu, ne actioni quidem contractus locum eſſe poſſe, reſpondet hanc quidem rationem fuiſſe dubitandi, quaſi dominio ipſo jure ad venditorem reverſo res vindicanda ſit: obtinuiſſe tamen, ut actio contractus daretur; quia utique ſemel interceſſit & intermedio tempore vere ſubſiſtit: & maxime ob præſtationes perſonales, quæ in judicium vindicationis commode venire non poſſunt.

10. Cæterum etſi hæc a viro ingenioſo ſubtiliter diſputantur; mihi tamen longe veriſimilius eſſe videtur, quod veteres etiam in caſibus *d. l. 4. ff. de leg. commiſſ. & d. l. Imperat. 16. ff. de in diem addict.* & ſimilibus ad reſcindendam venditionem pertinentibus, tantum admiſerint actionem præſcriptis verbis. Patet hoc ex *l. ſi vir uxori, 12. ff. de praſcr. verb.* cujus reſponſi auctor eſt Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis eſt ad *d. l. 4. & ad d. l. 16.* reſponſio; nempe etſi quidam exiſtimaverint, etiam ex vendito iſtis caſibus agi poſſe, & ſecundum eos quæſtio deciſa ſit reſcriptis Imperatorum Antonini & Severi, *d. l. 4.* nihilominus tamen manſiſſe adhuc actionem præſcriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod & Paulus in *d. l. 6. ff. de reſcr. vend.* & Alexander in *d. l. 2. C. de pact. in emp. & vend.* poſtquam jamdiu quæſtio deciſa eſſet ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus conceſſerint: ut exiſtimare liceat non illud quæſitum fuiſſe, an prædictis caſibus ex vendito tantum agi oporteret, ſed an poſſet etiam agi ex vendito, cum certo jure agi poſſet præſcriptis verbis, *conſent.* Don. *in d. l. 2. C. de pact. int. empt.* Zoeſ. ad Pand. *hoc tit. n. 64.* Tota autem hæc & ſuperiorum aliquot capitum diſputatio hodie ſupervacua & plane inutilis eſt: nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberate initorum non minor ſit vis & efficacia, quam quæ ſtipulationis jure Romanorum fuit, conſequens eſt, nec minorem eorum eſſe vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta ſunt; nec quicquam referre contractibus ſtricti juris, an bonæ fidei, ſive ex continenti, ſive ex intervallo apponantur: denique ſuperfluum nunc eſſe quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehenſum eſt.

CAPUT XII.

De Pactis tacitis.

1. *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori*

gnori eſſe locatori, quaſi id tacite convenerit; in ruſticis prædiis contra obſervari, & quare.

2. *Explicatio*, l. 3. in quib. cauſ. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. eod.

3. *Sententiam Juſtiniani in* §. item Serviana. Inſt. de actionib. *a Theophilo recte expreſſam.*

4. *Locus Ulpiani in* l. 14. §. 1. de relig. & ſumpt. fun. *explanatur.*

5. *Non cohærere* §. 1. l. 7. in quib. cauſ. pign. tac. *cum* principio.

6. *Quid novi conſtituerit Juſtinianus* l. ult. C. in quib. cauſ. pign. tac.

7. *An ad obligationem illatorum in prædium ruſticum ſufficiat illata eſſe voluntate domini, cum examine* l. 5. C. de locat.

8. *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille inſcio curatore in ædes conductas intulit.*

9. *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris a ſtudioſis importatis.*

10. *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & conſequenter etiam pignus remiſiſſe.*

11. *Pignoris redditi non eadem ratio, & quare.*

12. *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remiſſa videatur.*

13. *Quid juris ſi inſtrumento, quod redditum eſt, alius quoque ſit obligatus.*

14. *Refertur communis DD. ſententia, aſſerentium etiam unius ex pluribus ejuſdem debiti chirographis redditione cenſeri obligationem remiſſam, eorumque argumenta.*

15. *Refellitur hæc ſententia, & argumentis a Bartolo adductis occurritur.*

16. *Reſpondetur pleniſſime ad ſingula argumenta prolata a Bachovio.*

SATIS jam contemplationibus Academicis indultum eſt: quæ porro ſequuntur, ea non minus in foro, quam in ſcholis uſum habent, & ubivis locorum etiam praxim exercentibus hodieque utilia ſunt. In paciſcendo nulla deſideratur ſolemnitas, ſed ſufficit quocunque modo paciſcentes conſentire vel expreſſe ſermone, & tractatu inter præſentes habito, aut per epiſtolam nuntiumve inter abſentes; vel tacite nullo tractatu habito *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc diviſio, quod quædam ſint expreſſa, quædam tacita. Pactum expreſſum eſt, quo aut verbis aut per epiſtolam nuntiumve voluntas paciſcentium ſignificatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis eſt, quæ expreſſi, *l. 2. & 2. ſeqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio ſive conſenſus tacitus vel lege tantum præſumitur interveniſſe, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quaſi ex tacito pacto pignori ſunt locatori; quæ ſpecies tacitæ conventionis obligatoria eſt: vel re & facto aliquo conſenſus declaratur, veluti redditione chirographi aut inſtrumenti pignoris, &c. quod genus taciti pacti liberatorium eſt.

1. De priore in genere ita jus eſt, ut quæ in prædia urbana inducta & illata ſunt ab inquilinis, ea pignori ſint locatori, quaſi id tacite convenerit, *l. 4. ff. hoc tit. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* in prædiis ruſticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi naſcuntur, tacitum pignus quaſi ex conventione habeat, *l. in prædiis 7. ff. eod. tit. l. 3. C. eod.* illata autem & importata a colono non aliter pignoris jure teneantur, quam ſi id nominatim convenerit, *d. l. 4. ff. eod. l. 5. C. eod. l. 5. C. de locat. §. 3. Inſt. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio ſi quæratur, ea ſumenda eſt ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata, *l. ſervus*, 61. §. *locavi*, 8. *ff. de furt.* Quod autem erat in more poſitum, ut alias ſæpe, in jus paulatim tranſit, & pro dicto habitum, ſicubi dictum non eſſet, ut eleganter Cujac. *ad d. l. 4. ff. hoc tit.* add. Donell. *c. 4. de pign.* Bachov. 1. *de pign.* 11. Tulden. *in C. in quib. cauſ. pign. tac. n. 3.* Perez. *ibid. n. 2. & 7.* Garz. *ad l. 5. C. de locat.* Chriſtin. *vol. 3. dec.* 110. Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quaſi ex tacita conventione jus pignoris non habet; ſed ad hoc opus eſt conventione expreſſa.

2. Nec eſt contrarium, quod Ulpianus in *l. 3. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* ex auctoritate Neratii reſpondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diverſorium, vel aream, tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo ſeorſum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ noſtratibus *Packhuyſen*: nam ſi fundus conductus ſit, horreum pars fundi intelligitur, *l. fundi*, 211. *ff. de verb. ſign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, ſed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, ſive planitiem, quæ circumſpecta idonea ſit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, aſſeres, & hujuſmodi alia reponenda & aſſervanda. Diverſoria autem & ſtabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teſte ipſo Neratio, in cauſa taciti pignoris, a prædiis urbanis non differunt, *d. l. 4. §. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac. add. l. urbana*, 198. *ff. de verb. ſign.*

3. Quod autem Juſtinianus ſcribit §. *item Serviana*, 7. *Inſt. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet ſententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his, quæ obligatæ ſunt, Servianam competere. Nam ut bene Mynſingerus, relativum *quæ* illic non demonſtrat, ſed diſtinguit. In paraphraſi Græca clare rem ſic expreſſit Theophilus,

Digitized by Google

ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρὸν, καὶ γέγονάς μοι κολῶνος, &c. εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ τὰ πράγματά τινα, οἷον ἵππους, βόας, &c. πάντα ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. *Conduxiſti*, inquit, *a me fundum, & factus es mihi colonus*, &c. *Induxiſti autem in eum fundum & res quaſdam, veluti equos, boves*, &c. *pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur*.

4. Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum eſt *l. etſi quis*, 14. §. 1. *de relig. & ſumpt. fun.* mortuo colono vel inquilino, ſi non ſit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita penſione teneri. Non potes hic reſpondere cum Bachovio *l. 1. de pign. c. 11. n. 4.* non eam eſſe Ulpiani ſententiam, quod invecta illata a colono vere pignori ſint obligata; ſed hanc, quod inſtar pignoris ſuperfluum pro debita penſione retineri poteſt, eodem nimirum ſenſu, quo alibi idem Juriſconſultus ait, poſſe venditorem, emptore pretium non offerente, quaſi pignus retinere rem, quam vendidit. *l. Julianus*, 13. §. *offerri*, 8. *de act. empt.* & Paulus, *l. creditoris*, 15. §. *ult. ff. de furt.* commodatarium ob impenſas in rem commodatam factas habere retentionem, quaſi pignoris loco ea res ſit. Etenim verba illa Ulpiani, *ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita portione teneatur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinent, a quo illata & invecta conſtat pro mercede pignoris nexum ſubire. Deinde non alius retentionem rei habere poteſt, niſi qui & eam detineat: qui in propoſito non eſt locator, ſed hæres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, poſſe ſuperfluum quaſi pignus retineri, ſed ſuperfluum pro debita penſione teneri, quo verbo ſignificatur obligatio, *l. 6. l. 9. ff. in quib. cauſ. pign. tac. l. grege legato*, 13. *pr. ff. de pign.* & paſſim alibi, atque hoc innuit Juriſconſultus etiam tacito pignori impenſam funeris præferri, utpote quæ omne creditum præcedere ſoleat, cum bona ſolvenda non ſunt, *l. pen. ff. de relig. & ſumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos eſſe terminos habiles, nempe cum in colono caſum, quo de illatis, ut pignori eſſent, expreſſum, ut & aſſolet, *l. potior*, 11. §. 2. *ff. qui pot. in pign.* convenit.

5. Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l. 7. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* non cohærere cum principio: ſed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Perezius exiſtimat, locum accipiendum eſſe de eo caſu, quo expreſſe placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6. Minime autem movere nos debet conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. in quib. cauſ. pign. tac.* quippe qua conſtitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium ruſticum, ſed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prædium urbanum, quod antea quibuſdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τῷ ἐν ἀγρῷ λαμβάνει, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis ruſticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7. Veterum interpretum ſententia eſt, in urbanum quidem prædium illata indiſtincte pignori eſſe, etiamſi neque pactio interceſſerit, neque ſciverit locator illata eſſe: in ruſticis autem prædiis, expreſſa quidem conventione opus non eſſe ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, ſufficere ſi voluntate domini illata ſint; quod nec ipſum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc ſententiam conſtitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris*, 5. *C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint*, &c. Sed cum novum non ſit, ut voluntatis nomine adſignificetur expreſſa conventio, uti apud Marcianum in *l. Pomponius*, 5. §. 1. *ff. in quib. cauſ. pig. tac.* & apud Juſtinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id eſt, expreſſa conventione dicitur fieri novatio; ſatius eſt ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorſum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, niſi ſimul ut pignori illud ſit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata ſic recte accipi poſſunt, cum Donell. *de pign. c. 4.* ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipſa & per conſequentiam paciſci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa ſint. Græci, πάντα ὅσα οἱ μισθωταὶ εἰσάγουσιν εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ βουλομένου τοῦ δεσπότου, ὑπόκειται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι, ἐπὶ δὲ οἴκου μισθωθέντος, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἴπερ εἰσηνέχθησαν, ὑπόκειται, i. e. *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur: quæ vero in ædes conductas inferuntur, ea pignori ſunt, etiamſi importata ſint domino ignorante*, in eandem, ut videtur, ſententiam. Cæterum ſuperior DD. opinio in praxi prævalere dicitur, & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta uſum fori, vaccæ, boves, oves, cæteræque pecudes, quæ paſcuntur in agris & paſcuis conductis, pignori ſunt locatori, ſi ſciente illo fuerint immiſſæ.

8. Porro ex iis, quæ ſunt dicta ſupra, ſatis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non eſſe vere & proprie, aut totum legale, ſeu quod ab ipſa lege conſtituitur; ſed eſſe ex tacita conventione, quam lex præſumit ex facto illationis. Unde quæſitum eſt, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis,

quas

quas ille ſine curatoris conſenſu in ædes conductas intulit. Et ſi quidem hoc eſſet pignus mere legale, id eſt, ſi citra ullam conventionem de pignore ſola poteſtate legis induceretur, nullum hic eſſet privilegium minoris, quia lex operatur ſine reſpectu perſonarum, unde bona minoris cum fiſco contrahentis, *l. 2. ff. de reb. cor. qui ſub. tut.* item uxorem ducentis obligatur: quia illæ hypothecæ ſunt pure legales, ut recte Gloſſ. & Cyn. *in l. ult. C. de leg. tut.* (quamquam hic diſſentit Coſtalius in *l. 4. ff. h. t.* falſo aſſeverans Bartolum ſibi in hac re aſſentire in *d. l. 4.* & in *ſi conſtante, 24. ff. ſolut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis eſt, ſed magis conventionalis, naſcens ex præſumptione tacitæ conventionis, ut apparet ex *d. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. cauſ. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod.* dixerim res a minore illatas ſine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignorandi non habet. Ita Coſtal. poſt DD. *comm. in d. l. 4. ff. hoc tit. & in d. l. ſi conſtante, 24. ff. ſolut. matr.* Sichard. *ad l. 5. Cod. de locat. n.* 11. Bachov. 1. *de pign.* 11. diſſ. Neguſ. *p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg.* Treutl. *diſp. de pignorib. theſ.* 4. Chriſtin. *vol. 3. deciſ.* 110.

9. Sed quid ſi ſtudioſus (intellige, qui major ſit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit; an & libri, quos illo intulit, legem taciti pignoris ſequentur? Et Schneidevvinus poſt Jaſonem & Zaſium in §. *item Serviana, 7. Inſt. de action.* Bachov. *lib. 1. de pign. c.* 11. negant ſequi, idque duplici potiſſimum argumento. Primum petitum eſt a ſimili, quia, inquiunt, quemadmodum inſtrumenta ruſtica in fundum illata a colono obligata non ſunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur *l. 7. l. 8. C. quæ res pign. oblig.* ita nec libri ſtudioſorum in Muſeum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum ſumptum eſt a natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ veriſimile non eſt quemquam ſpecialiter obligaturum fuiſſe, *l. 6. §. 2. & ſeqq. ff. de pign.* At generalis, inquiunt, hypothecæ naturam ſequitur hypotheca illatorum; nec veriſimile eſt ſtudioſum libros ſuos ſpecialiter obligaturum fuiſſe. Sed tamen praxim apud nos, & in omnibus fere Academiis eſt in contrarium. Nec obſtant rationes allatæ. Non enim ideo inſtrumenta ruſtica in fundum illata a nexu taciti pignoris libera ſunt, quia iis fundus colitur; ſed quia nec in aliis a colono illatis inductiſve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui ſatis cautum fructibus, qui in fundo naſcuntur. Nec valet etiam ratio, quam aſſerunt ex *l. 6. ff. de pign.* Nam ſtudioſi ſupellex pene omnis eſt in libris poſita, ut veriſimile non ſit ſtudioſum tacite ex cacito ſupellectilis pignore voluiſſe excipere ſupellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ a ſtudioſo illata ſunt, tacitum pignus eſſe. Sed nec procedit argumentum a pignore generali ad pignus illatorum & invectorum: ſi quidem inter invecta & illata ſupellex quoque contineri intelligitur, *l. in prædiis, 7. §. 1. in quib. cauſ. pign. tac.* contra quam in pignore generali *d. l. 6. ff. de pign.* Per. *in Cod. tit. in quib. cauſ. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipſi paciſcentes facto aliquo conſenſum declarant.

10. Hujus generis exemplum elegans eſt, ſi creditor debitori chirographum reddiderit, tacite enim pactus videtur, ne petat, & debitum remiſiſſe, *l. 2. §. 1. ff. hoc tit. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum, 59. ff. de legat.* 3. Et conſequenter etiam pignus, ſi quod intervenerit, hic remiſſum intelligi debet, *arg. l. in omnibus 43. ff. de ſolut. l. 7. C. de remiſſ. pign.* ſicut & cum expreſſe paciſcor, ne debitum petam, pignoris obligatio per exceptionem tollitur, quæ ſententia eſt *l. ſi tibi, 17. §. 2. ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque ſit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obſtat *l. ſi chirograph. 24. ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, ſed præſumptio ſolutionis: contra quam tamen probationes manifeſtæ audiuntur: ſicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare ſe ob aliam cauſam chirographum reddidiſſe.

11. Pignoris redditi non eadem ratio *l. 3. ff. hoc tit.* quippe chirographo ipſa principalis obligatio continetur *l. ſervum filii 44. §. eum qui 5. ff. de legat. 1. l. qui chirographum, 59. ff. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* At obligatio pignoris a debito principali ſeparata eſt, atque hujus quædam παρενθήκη ſeu acceſſio duntaxat: *nov. 4. l. in omnibus 43. de ſol.* ut præſumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit; cogitaſſe ſimul de remittendo ipſo debito.

12. Simili ratione conventio fidejuſſoris non continuo prodeſt reo *l. 23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejuſſori proſit, *l. 21. eod. in fin.* Cujac. *ad d. l. 2. eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remiſſa intelligi debeat, nullus dubitat. *arg. l. 1. §. 1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hic diſtinguendum arbitror: Si inſtrumentum, quo pignoris obligatio conſcripta & conſtituta eſt, redditum ſit, obligatio pignoris omnino remiſſa cenſeri debet, per *d. l. 7. C. de remiſſ. pign.* At ſi creditor ipſam rem pignoratam, quam poſſidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & ſimpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum uſum. Priore caſu videtur eo animo reddidiſſe, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi ſignificationem retro dandi habet, ut eo loco res ſit, quo prius fuit, *l. verbum, 94. ff. de verb. ſign.* atque in dubio cenſetur ultro & ſimpliciter reddidiſſe, *fac. l. cum*

de cauſa, 9. *C. de remiſſ. pign.* Poſteriore caſu, ubi conſtat creditorem debitori petenti reddidiſſe rem pignoratam in aliquem uſum, non intelligitur pignoris vinculum diſſolutum eſſe: ſiquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum, *l. cum & ſortis*, 31. §. 1. *ff. de pign. act. l. qui pignoris*, 36. *ff. de acq. poſſ.* Buſ. *ad l.* 2. *ff. h. t.* Bachov. *ad hunc tit. in ſecunda diviſ. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus uſus eſt: pignore autem reddito non item, quoniam ea debitor uti poteſt, etſi momentum aliquod habet; non eſt tamen adæquata.

13. Quid ſi inſtrumento, quod redditum eſt, alius quoque ſit obligatus? Puta ſoli ei, cui redditum eſt, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum eſt, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egiſſet, tamen alteri paciſcendo exceptionem quærere non potuit, *l. ſi tibi*, 17. §. 4. *ff. hoc tit. l. ſtipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *de verb. obl.* utique ſi nihil paciſcentis intererit alterius quoque obligationem diſſolvi, *l. heredi*, 21. §. *ult. l. fidejuſſoris*, 23. *h. t.* nec excipimus duos debendi reos, niſi & ſocii ſint. Bartolus eo amplius exiſtimat ei, cui inſtrumentum redditum eſt, etiam donatas intelligi actiones adverſus alterum, cumque procuratorem conſtitutum in rem ſuam. At enim cum donatio non facile præſumatur, niſi cum alia quacunque conjectura deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in propoſita ſpecie non accidit) non immerito hæc ſententia aliis diſplicet. Æquius enim & benignius eſt hoc factum ſic interpretari ut is, cui obligatio redditi eſt, cenſeatur pro ſua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator a creditore conſtitutus. Duarenus & Buſ. *ad d. l.* 2. *ff. h. t.* Menoch. *lib.* 3. *præſumpt.* 143. Antonius Faber *Cod. forenſ. defin.* 6. Abbas Panormitan. *in cap. Eccleſia*, *ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæſtione recurrendum eſſe ad conjecturas pro varietate circumſtantiarum. Eſt enim hæc quæſtio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Juriſconſultum, qui nihil certi hic definire poteſt, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoſcit, & circumſtantias in ſingulis cauſis examinat. Quid enim dicemus, ſi creditor ſit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta neceſſitudine conjunctus? Aut contra, quid ſi debitor forte miles ſit, aut mulier, aut minor 25. annis? Bachov. 2. *div. pact. n.* 6. etiam hoc ipſum abſurdum eſſe contendit, quod dicimus in caſu propoſito mandatam videri adverſus tertium nominis actionem: ſed non eſſe abſurdum argumento eſt, quod traditio inſtrumenti ſicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum, *l.* 1. *C. de donat. l. Mævia*, 49. *ff. ſolut. matr. l. ſerviunt filii*, 44. §. 5. & 6. *ff. de legat.* 1. Quid ſi ejuſdem debiti plura ſint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione cenſebitur obligatio remiſſa? Ajunt Bart. Bald. Caſtr. Jaſ. *in d. l.* 2. *h. t.* Menoch. *d. præſ.* 140.

14. Moventur hac ratione, quia unum tantum eſt inſtrumentum, quamvis pluribus tabulis conſcriptum per *l.* 24. *qui teſt. fac.* & quia tabulis reſtitutis non ſcriptum, ſed contentum reſtitutum intelligitur, arg. *d. l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 59. *de leg.* 3. *l.* 1. *C. de don.* Atque hanc ſententiam Bachovius *d.* 2. *div. pact. n.* 7. ex profeſſo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petitum eſt ex *l. veterib.* 39. *h. t.* ubi Papinianus ait, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam ei nocere, in cujus poteſtate fuit legem apertius conſcribere, unde infert creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, cum contra cum ſit præſumptio juris. Secundum argumentum eſt, quia humanior eſt ſententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis eſt definitio, *d. l.* 2. §. 1. *eod.* Quartum, quoniam nullus alius redditionis chirographi in dubio intelligi poteſt, quam debiti remiſſio. Quintum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur.

15. Cæterum hanc ſententiam improbant Duar. Fort. Garz. Paul. Buſ. *in d. l.* 2. §. 1. excepto ſi id actum fuiſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint, aut legatæ debitori. Et ſane ratione a Bartolo & aliis adductæ tales ſunt, ut pro creditore retorqueri poſſint in debitorem, nec minus creditori quam debitori faveant. Nam ut alii pro debitore ſic ratiocinantur; Unum inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum, verum eſt igitur redditum eſſe: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri poteſt; Unum inſtrumentum eſt: atqui hoc a creditore retentum: igitur non eſt redditum. Sed nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ajunt unum tantum eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic eſſe aut plura inſtrumenta dici poſſunt. Quod ſi contraria ſententia admittatur, magna occaſio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: quippe in proclivi eſt duo chirographa ejuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradatur creditori, alterum a debitore retineatur, ut ſi quando, ex eo, quod traditum eſt, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe a creditore: atque ita feneſtra aperietur fraudibus. Cenſent igitur Duar. Garz. & Buſius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe probetur. Quod ſi id doceri non poſſit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum a ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis: quibus & nos ſubſcribimus:

facit-

Digitized by Google

faciteque huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in teſt. del.*

16. Supereſt, ut reſpondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l. veteribus*, 39. *hoc tit.* de interpretatione pacti obſcuri aut ambigui traditum eſt, non eſſe temere trahendum ad ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur etiam eo caſu, ubi alius iſtius facti finis dari poteſt. Vel frivola cauſa excludere debet donationis præſumptionem, cum nemo facile præſumatur ſuum jactare aut effundere velle, *l. cum indebito, pr. de probat.* & ibi DD. Jaſin. *l.* 3. *hoc tit.* Cyn. Bald. & DD. *in l.* 3. *C. de non num. pec.* Idemque ad ſecundum argumentum reſponſum eſto; nempe non uſque eo liberationi indulgendum, præſertim ubi conſtat de præcedente obligatione, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe præſumi debeat: donare enim, perdere eſt, *d. l. cum de indebito*, 25. *de prob. l.* 7. *pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l.* 2. §. 1. reſtringendam eſſe ad eam ſpeciem, ubi una duntaxar cautio expoſita, & eadem reddita eſt. Ad quartum reſpondeo, cum creditor unum duntaxat e duobus ejuſdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis eſſe poſſit, qui potius præſumendus ſit; nimirum ideo id factum eſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæſo ſi animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis*, 19. *de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitioſe velle machinari adverſus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo caſu, cum quis unum e duobus chirographis reddit ſimpliciter, nec id ſe donare profitetur. Legare, eſt donare, *l.* 36. *de legat.* 2. §. 1. *Inſt. eod.* Nec dubium eſt, quin quemadmodum donatis, ſic etiam legatis tabulis, nomen ipſum ſeu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAPUT XIII.

De pactis in rem & in perſonam, deque eorum vi ac poteſtate.

1. *Quid ſit pactum in rem, quid in perſonam.*
2. *Pacta in rem quibus proſint.*
3. *Species* l. 17. §. 4. hoc tit.
4. *Pacta in perſonam, non egrediuntur perſonam ejus, cui facta ſunt.*
5. *Jure noviſſimo pactum rei, quantumvis perſonale, etiam fidejuſſori prodeſſe.*
6. *Unde æſtimandum, utrum pactum in rem ſit, an in perſonam.*

PRÆTEREA pactorum alia in rem ſunt, alia in perſonam *l.* 7. §. *pactorum*, 8. *h. tit.* quæ diviſio ab effectu ſumpta eſt. Sunt, qui rationes materiæ ſic diſtingui pacta exiſtimant: ſed errore perſpicuo labuntur: ſiquidem perſonæ non poſſunt eſſe objectum pactionis.

1. Pacta in rem ſunt, quoties generaliter paciſcor, ne petam. In perſonam, quoties ne a perſona petam, puta a L. Titio *d. l.* 7. §. *pactorum*. Mos loquendi veterum juris auctorum eſt ut quod generaliter & ſine perſonæ deſignatione ſit, id in rem fieri ab ipſis dicatur. Sic actiones exceptioneſque in rem ſcriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus, *l. metum*, 9. §. *ult. quod met. cauſ. l.* 2. §. 1. *l.* 4. §. *pen. de dol. mal. exc. l.* 1. §. *pen. de interdict. l. operis*, 10. *de op. nov. nunt.* Cum igitur quis generaliter paciſcitur, ne petat, nec perſonam nominat, a qua petiturus non ſit, in rem pactum dicitur conceptum eſſe. In perſonam vero, cum exprimitur certa perſona. Nec inutilis eſt hujus distionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta ſunt, ea omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe paciſcentis intereſt, *l. & hæred.* 21. §. *ult. hoc tit.*

2. Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejuſſori, quoties debitoris pecuniariter intereſt, ut fidejuſſori quoque proſit; ſcilicet quando fidejuſſor ejus nomine, quod pro reo ſolverit, mandati aut negotiorum geſtorum actionem cum eo habet. Quibus autem caſibus fidejuſſori adverſus debitorem regreſſus non datur, veluti ſi donandi animo fidejuſſerit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejuſſori non prodeſt, *d. l. & hæred.* §. *ult.* junct. *l. quod dictum*, 32. *eod. l. ſi pro te*, 40. *mandat.* nempe quia rei nihil hic intereſt a fidejuſſore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejuſſoris generale prodeſt reo principali, aut confidejuſſori, qui ſocius non eſt; ſcilicet quia nihil fidejuſſoris principaliter intereſt, a quoquam eorum non peti, cum nullam adverſus eum nomine ejus, quod ſolverint, actionem habeant, *l. ſi fidejuſſoris*, 23. *hoc tit. l.* 39. *de fidejuſſ.* Proſunt porro pacta in rem & heredibus noſtris, *l. tale pactum*, 40. *eod. l. ſi pactum*, 9. *de probat.* atque ut proſint, etiam noſtra ſemper intereſſe intelligitur, crediturque unuſquiſque eo eſſe animo, ut non minus heredibus ſuis, quam ſibi proſpectum velit *d. l.* 9. *de probat.*

3. Non obſtat *lex* 17. §. 4. *hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti perſonalis, ſi quis paciſcatur, ne a ſe, neve a Titio petatur, & ratio Juriſconſulti eo tantum pertinet, ut ſignificet ei, qui non ut heres adiectus eſt, etiamſi poſtea heres extiterit, tale pactum non prodeſſe, nec ex poſt facto confirmari,

mari, quod ab initio in perſona adjecti non conſiſtit.

4. Pacta autem in perſonam concepta ejus, cui facta ſunt, perſonam non egrediuntur, *l. idem in duobus*, 25. §. 1. *eod.* qua de cauſa nec heredibus proſunt, *d. l.* 25. §. 1. *d. l.* 17. §. 3. & 4. *eod.* nec fidejuſſoris *l. niſi hoc*, 22. *eod.* quanquam vix eſt, ut hoc procedat jure noviſſimo. Jure veteri creditor electionem habebat a reo vel a fidejuſſore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire, *l.* 5. *l. ſi alienam*. 19. *C. de fidejuſſ.* neque hoc jus conveniendi fidejuſſorem omiſſo reo, pacto perſonali ſibi adimebat.

5. At jure novo fieri non poteſt, quin pactum rei, licet perſonale, fidejuſſori quoque proſit. Nam cum hoc jure *Nov.* 4. *c.* 1. unde *auth. præſente*, *C. de fidejuſſ.* reum principalem prius conveniri atque excuti neceſſe ſit, quam ad fidejuſſores veniatur, nec ante cum his efficaciter agi queat, quam ſi ſuum creditor a debitore conſequi non poſſit; hoc beneficium ordinis & excuſſioni fidejuſſori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non poteſt. Itaque nunc etiam pacto perſonali cum debitore facto juvabitur fidejuſſor, niſi ipſe beneficio ſuo ultro renuntiaverit, quod facere poteſt, *l. pen. C. de pact.* Cujac. *in d. l. & heredi*, 21. *h. tit.* Borchelt. *de pact. c.* 2. *in tertia diviſ. n.* 4. *diſſ.* Jul. Pac.

6. Utrum autem pactum in rem ſit, an in perſonam, non tam ex verbis, quam ex mente paciſcentium æſtimandum eſt: adeoque in dubio, quantumvis perſona adjecta ſit, in rem tamen eſſe præſumitur, quia plerumque perſona pacto inſeri ſolet, non ut pactum perſonale fiat, ſed duntaxat ut demonſtretur, cum quo pactum factum ſit, *l.* 7. §. *pactorum*, 8. *h. t.*

CAPUT XIV.

Qui cum quibus paciſci poſſunt.

1. *Furioſi nullum omnino negotium gerere poſſunt.*
2. *Ratum habetur, quod geſtum ante furorem aut in furoris intermiſſione.*
3. *Mente captorum & ebriorum eadem, quæ furioſorum ratio.*
4. *Prodigi & furioſi diſſimilitudo.*
5. *Quibus rebus diſpar conditio prodigi & minoris 25. annis.*
6. *Ipſone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magiſtratus.*
7. *Quid per verba* ipſo jure *in* l. 1. de cur. fur. *ſignificet Juriſconſultus.*
8. *In his, quæ animo & affectu geruntur infans vix diſtat a furioſo.*
9. *Comparatio infantis & infantiæ proximi.*
10. *Comparatio infantiæ proximi & proximi pubertati.*
11. *Pupillum pubertati proximum ex conventione ſua naturaliter obligari, etiamſi locupletior facta non ſit.*
12. *Quo ſenſu noſtri dicant, pupillum ſine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13. *Puberes minores 25. annis, curatorem habentes, ſine conſenſu ejus, jure civili non obligantur.*
14. *Confutatio ſententiæ contrariæ.*
15. *Exponitur* l. obligari, 43. de obl. & act.
16. *Conſideratio auctoris circa* l. puberes, 101. de verb. oblig.

PACISCI poſſunt omnes, qui conſentire & jure gentium ſe obligare poſſunt. Igitur & mutus, *l.* 4. §. 1. *h. t.* & ſurdus, *l.* 48. *d. O. & A.* & deportatus *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn. l,* 15. *de interdict. & releg.* & filiusfam. ut ſibi præjudicet, *l. & hæredi*, 21 §. 3. & 4. *l. in perſona*, 30. *hoc tit.* & ſervus ex perſona ſua, ut naturaliter obligetur & obliget, *l.* 14. *de obl. & act.* Removentur autem hinc furioſi, mente capti, ebrii, infantes.

1. Furioſum nullum negotium gerere aut contrahere poſſe natura manifeſtum eſt, *l.* 1. §. *furioſus*, 12 *de obl. & act. l. ſi a reo*, 70. §. 4. *de fidejuſſ. l.* 5. *de reg. jur.* quia expers eſt voluntatis & mentis, *l. furioſ.* 40. *eod. tit. l.* 2. *C. de contr. empt.* eſt enim furor mentis ad omnia cæcitas. Cic. 3. *Tuſcul.* unde furioſus per omnia & in omnibus abſentis, quieſcentis, dormientis & ignorantis loco habetur, *l.* 2. §. *pen. de jur. codicill. l. ubi non voce*, 124. §. 3. 1. *de reg jur. l.* 1. §. 3. *de acq. poſſ. l.* 4. *de divort. & repud.* quæ res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat, *d. l.* 5 *de reg. jur.* Prius enim eſt, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curatori dici poſſit, quod agitur aut geritur, probare.

2. Enim vero ſi furioſus dilucida habeat intervalla, quod geſſit in intermiſſione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium anteà recte geſtum furore poſtea interveniente perimitur, §. 1. *Inſt. quibus non eſt perm. fac. teſt. l.* 9. *C. qui teſt. fac.* & ibi DD.

3. Quod de furioſo, μαινομένῳ, dicitur id etiam pertinet ad mente captum, ἀνοήτῳ ſeu dementem, qui furore non corripitur, ſed in quiete eſt: quoniam non alia ratione in furioſo obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit, § *furioſus* 8. *Inſt. de inut. ſtip.* Sed neque ebrius i. e. qui vino gravis & ob id ſui eſt impos, hac in cauſa a furioſo ſeparandus. Nihil enim aliud eſt ebrietas, quam voluntaria inſania: nec minor eſt furore, ſed brevior, Senec. *epiſt.* 83. Platoni 1. *de leg.* non ſolum ſenex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres noſtri furioſo comparare ſolent; quaſi non magis illius, quam hujus ulla voluntas ſit, *dict. leg. furioſi*, 40. *de reg. jur.*

jur. l. 1. *de cur. furioſ.* Verum hæc ſimilitudo claudicat, locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis ſuis vult diminuere, alienare, &c. quibus caſibus furioſo aſſimilatur, quia in his exitum furioſi facit, *l. his qui*, 12. *in fin. de tut. dat. ab his*.

4. In acquirendo autem diſſimilitudo eſt: quippe furioſus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, aut ipſe obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet, *l.* 1. §. *furioſus*, 22. *de obl. & act. l.* 5. *de reg. jur.* At prodigus paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furioſus, *l.* 4. *de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de ſe obligando, aliove modo conditionem ſuam deteriorem faciendo agitur; ſed de acquirendo, de ſibi paciſcendo aut ſtipulando, aliave ratione conditionem ſuam meliorem faciendo, *l.* 3. *de nov.* hic prodigus non cum furioſo, ſed cum pupillo pubertati proximo comparandus eſt, *certi condictio*, 9. §. 7. *de reb. cred.* aut cum pubure minore 25. annis curatorem habente, *l.* 3. *C. de in int. reſt. min.* quos conſtat etiam inconſultis tutoribus aut curatoribus alios ſibi obligare poſſe, & conditionem ſuam quoquo modo facere meliorem, *pr. Inſt. de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum conſenſu curatoris omnia gerere poteſt, *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus*, 9. *Inſt. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris conſenſu, *arg. d. l. certi condictio*, 9. §. *ſed & ſi* 7. *de reb. cred. d. l.* 3. *C. de in int. reſt. min. l.* 5. §. 1. *de acq. jur.* ubi ſcriptum eſt, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem ſibi delatam adire poſſe; nempe cum conſenſu curatoris, ut recte Gloſſ. & DD. in hoc enim diſtat a furioſo, quod ſolum ſignificare voluit Juriſconſultus.

5. Plane in eo quoque a pubere minore 25. annis diſtat prodigus, quod pubes & teſtamentum facere poteſt, & ad teſtamentum teſtis adhiberi, *l.* 5. *qui teſt. fac.* §. 1. *Inſt. de teſt. ordin.* quorum neutrum conceſſum prodigo, *l. is cui lege*, 18. *ad t.* §. *teſtes*, 9. *Inſt. eod.* §. 2. *Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſtam.* Quæri vulgo ſolet, prodiguſne intelligendus ſit, qui facto talis eſt, qualem deſcribit Ulpianus *l.* 1. *de cur. furioſ.* an vero decretum magiſtratus expectandum. Hoc eſt, an ipſo jure & lege, 12. tabularum diſſolute & luxurioſe viventi bonorum adminiſtratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis eſſe ſententia magiſtratus declaratus eſt. Dicendum eſt eum, qui moribus talis eſt, qualis in *d. l.* 1. deſcribitur, revera quidem & ethice prodigum eſſe (nam vitia & virtutes non pendent a ſententia & cognitione judicis, ſed propriam naturam & formam habent) cæterum quod ad rerum adminiſtrationem attinet, neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea adminiſtratio cauſa cognita decreto magiſtratus ei adempta ſit: cujuſmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *l.* 3. *ſent.* 4. Nimirum bonorum adminiſtratione ademptio ſive interdictio non juris, ſed juriſdictionis eſt, hoc eſt, nemini ſpeciatim bonorum adminiſtratione lex interdicit, ac ne poteſt quidem interdicere, ſed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magiſtratus, quod prodigos eſſe cauſa cognita conſtabit, eumque, cui publice bonis interdictum eſt, jubet eſſe in curatione agnatorum Ulpian. *tit.* 12. §. 2. *fac.* §. 2. *Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen & lege bonis interdici dicitur, *l. is cui*, 18. *qui teſt. fac. poſſ. l.* §. 1. *de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *ſerm.* 3.

Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, & ad ſanos redeat tutela propinquos.

Furioſi alia ratio eſt: nam cum furor per ſe emineat, & vera ſit mentis ac voluntatis privatio, ut furioſo a magiſtratu bonis interdicatur, non requiritur. At vero an quis prodigus cenſeri debeat, ex multis & variis circumſtantiis æſtimandum eſt, de quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem ſui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, poteſtatem aliquam ſibi uſurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7. Atqui inquis, prodigus receptus ſanis moribus & cum frugalitate in gratiam reverſus deſinit ipſo jure eſſe in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magiſtratus. Nimirum textus juris ita ſunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principiis aliarum diſciplinarum repugnent. Qui fieri poſſit, ut citra magiſtratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum eſt curatore dato, ſe liberet a curatione, & curator ipſi datus curam & adminiſtrationem rerum deponat? aut quis ſecure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipſo prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut ſtatuant & judicent, an morum redierit ſanitas. Itaque dicam per verba *ipſo jure* in *d. l.* 1. non excludi ſententiam declaratoriam; ſed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25. annis, quæ certo & ſtatuto tempore, anno ſc. vigeſimoquinto, finitur, ſecus atque illa prodigi: quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magiſtratui competere debet. Gail. 2. *obſ.* 51. Ant. Fab. *Cod. ſuo forenſ. tit. de cur. fur. def.* 7. Tulden. *Cod. eod. n.* 5. Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 160. Noſtris moribus ſemper requiritur ſententia declaratoria, ejuſque publicatio, teſte Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. min. n.* 26.

8. In-

Digitized by Google

8. Infans quoque ſeu ſeptennio minor, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de ſponſal. l. 18. C. de jur. del.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioſo diſtat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furioſus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere poteſt, nec contrahendo obligari, aut obligationem ſibi acquirere, *§. pupillus, 9. Inſt. de inut. ſtip.* Illud tantum utilitatis cauſa receptum eſt, ut infans tutore auctore poſſit incipere poſſidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis eſt, quam juris, ſuppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. de acq. poſſ. l. 3. C. eod.*

9. De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum, *d. §. pupillus*, nihil ſcire aut diſcernere, *l. 9. de acq. hær.* non intelligere, quod agitur, *l. 1. §. huic proximus, 12. de obl. & act. l. 6. rem pup. ſalv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum in *d. §. pupillus*, aliiſque omnibus iſtis locis proditum ſit, eum qui infantiæ proximus eſt, & ſtipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere poſſe, quam eum, qui proximus ſit pubertati, quantumvis id benigne receptum ſit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica ſalis accipienda erit, quod ille ſcilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam ſi nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere poſſet, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda eſſet, quam in infante. Denique non alia ratione receptum eſt, ut ſeptennio major idemque infantiæ proximus ſponſalia contrahere, item ſine tutoris auctoritate incipere poſſidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diſerte teſtantur Juriſconſulti in *l. in ſponſalibus, 14. de ſponſalib. l. 1. §. 3. de acq. poſſ.* igitur infantiæ proximi idem juris habent, quod proximi pubertati, nimirum ut paciſcendo, ſtipulando, aut aliter contrahendo ſibi prodeſſe & obligationem acquirere poſſint, & cum tutoris auctoritate omnia gerere.

10. Cæterum cum hoc illis benigniter præſtitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus, 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. l. 6. rem pup. ſalv.* ſciendum eſt in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes eſt, ut adhuc infantiæ ſit proximus, ſeu adhuc conſiſtat intra annum decimum & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax eſt proximus pubertati, *l. pupillum, 111. de regul. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de ſepulc. viol. l. impuberem, 23. de ſent. l. hæredibus, 13. §. 1. de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane cauſa cum infante & furioſo, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non ſaltem pupillus ex conventione ſua vel contractu ſine tutoris auctoritate initio obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæſtione ſtatuendum ſit.

11. Et poſito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere poteſt, quod agitur, naturaque velle & conſentire, conſequens eſt omnino, ut etiam ex conventione ſua naturaliter obligetur. At pupillum, quia ea ætate ſit, actum rei intelligere, ac proinde conſentire poſſe ſatis oſtendunt textus in *l. 13. §. 1. de dolo, l. pupillum, 111. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poſſ. §. pupillus 9. Inſt. de inut. ſtip.* in quibus hoc ſolo intuitu infantiæ proximus ſeparatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers ſit, hic capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum eſſe eorum animi judicium, *§. 1. Inſt. quib. non eſt perm. fac. teſt.* id quidem recte dicitur etiam de pubertati proximis: ſed in re, de qua illic agitur, ſcilicet de diſpoſitione teſtamentaria: in qua merito majus & ſolidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere poſſe creditur. Sed & nonnullis locis expreſſe traditum eſt, pupillum (intellige ſemper pubertati proximum) ſine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, *l. cum illud, 25. §. 1. quando dies leg. l. ſi pupillus: 21. ad leg. Falc. l. Stichum, 95. §. 2. de ſolut. l. in numerationibus, 44. eod. l. ſi ejus, 64. ad ſen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, teneatur, *l. ſi pupillus, 127. de verbor. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in ſe ſuſcipiente citra tutoris auctoritatem novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Unde etiam corruit diſtinctio eorum, qui eo demum caſu pupillum ſine tutore naturaliter ex conventione obligari ſtatuunt, cum locupletior factus eſt. Nemo enim ex ſola promiſſione ſua aut ſuſceptione alienæ obligationis unquam ſit locupletior. Hoc quidem intereſt, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium ſolutum condicere potuit, *l. naturaliter, 13. §. 1. & l. ſeq. de condict. ind.* Puto etiam hoc caſu compenſationem pati debuiſſe. At Divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus eſt, *l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque eſſe cœpit hæc pupillo obligatio. Quando autem locupletior factus non eſt, tunc & ſolutum repeti poteſt, & compenſationi locus non eſt, *d. l. 13. §. 1. l. quod pupillus, 41. de cond. ind.* non quod nulla vere hic ſubſit obligatio: ſed quod perſonæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12. Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus conſiſtit in jure compenſandi & ſoluti retinendi,

l. 6. de

l. 6. de compenſ. l. 10. de obl. & act. obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, niſi quatenus locupletior factus eſt, inde fit, ut de pupillo ſine tutoris auctoritate contrahente ſic aliquando Juriſconſulti loquantur, quaſi ne natura quidem iſto modo obligaretur, *d. l. 41. de cond. ind. l. pupillus, 49. de obl. & act.* habita inquam ratione perſonæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem conſenſus obligationi vis omnis detracta eſt, quatenus ipſi noceri poſſit: non autem conſiderata conditione obligationis, tanquam nulla omnino ſubeſſet, alioqui ne acceſſiones quidem admitteret, aliiſve nocere aut prodeſſe poſſet. Multo magis ex conventione & promiſſione ſua Jure naturæ obligantur puberes minores 25. annis: quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læſis neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, *l. 2. C. de in int. reſt. min.*

13. Quod ſi curatorem habent, conſenſum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio naſcitur, *d. l. 3.* ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure cenſentur cum iis, quibus bonis interdictum eſt, quos conſtat jure civ. ſine curatorum conſenſu non obligari, *l. 6. de verb. obl.*

14. Ac proinde admittenda non eſt ſententia Cujacii ad *l. puberes, 10. l. 1. de verb. obl.* Vult, *diſc.* 16. Fachin. 3. *contr.* 9. Bronch. 1. *aſſ.* 33. diſtinguentium inter alienationem & obligationem, quaſi alienare quidem res ſuas minor ſine curatore non poſſit; obligare autem ſe poſſit ad alienandum. Hæc enim diſtinctio & verbis *d. l. 3. C. de in int. reſt. min.* manifeſte refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perſpicue probat, quod de una ſpecie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus cauſa res traditur, *l. traditionib. 20. C. de pact. §. 3. Inſt. de empt. & vend.* quamquam & ſi de ſola alienatione loqueretur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum eſſet, ut mox demonſtrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non eſſe ſervandum, quia minor curatorem habens ſimilis ſit ei, cui bonis interdictum eſt. Quod ſi hanc ob cauſam minor ſine curatore alienare non poteſt, quia eodem jure, quo prodigus cenſetur: ob eandem cauſam nec ſine curatore poterit obligari, *l. 6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipſo quod minoribus denegatur rerum ſuarum adminiſtratio, *l. 1. in fin. de minor.* non minus jus ſeſe obligandi ſine curatore, quam res ſuas alienandi ademptum intelligi oportet? Hæc enim duo ſe mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet perſonam ſuam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet, & contra. Item cui alienandi jus non eſt, ei nec obligandi, & contra, argumento eſt ipſa obligationis definitio, *pr. Inſt. de obl. l. 3. de obl. & act.* Nam ſi obligationis civilis hæc vis eſt, ut actionem producat, & neceſſitate ſolvendi debitorem adſtringat, utique cum eo, qui ita obligatus eſt, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille conſequenter recte quoque eam præſtabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi poſſit. Itaque male nonnulli ſic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum adminiſtratio commiſſa eſt, non perſonæ, *l. ſciendum, 20. de ritu nupt.* proinde de perſona ſua promittere pubes poteſt ſine curatore ſuo. Imo contra ſic colligi debuit; curatori negotiorum impuberis adminiſtratio commiſſa eſt, ergo & rerum contrahendarum & obligationis puberis: nam in re contrahenda negotium geritur, *l. 7. pr. §. 1. & c. de minor.* Neque obligationis ſummus finis hic eſt, ut perſonam nobis obligatam habeamus; ſed ut id, quod in obligationem deductum eſt, conſequamur, *l. 3. de obl. & act. l. ſtipulatio 38. §. alteri, 17. de ver. obl.* Denique vel ex eo ipſo, quod in *d. l. ſciendum, d. de rit. nup.* Juriſconſultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non fit ex adminiſtratione negotiorum, in qua officium curatoris conſiſtit, ſatis intelligimus nuptiarum hoc eſſe proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra perſonam poſitis, de dando aliquo aut præſtando, ſed de mera & ſola conjunctione Perſonarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem perſonarum non pertinent, ſed ad dandum vel faciendum, id eſt, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum eſt, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum interſit. Quid tum poſtea? ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ Κυράτωρες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων, teſte Modeſtino in *l. οἱ δέναιχεῖ, 13. pr. de excuſ.* id eſt, *valde pauca ſunt ea, in quibus diſtant curatores a tutoribus*, & alias nullum eſſet diſcrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. reſt. min.*

15. Confirmat, non evertit hanc ſententiam locus Pauli in *l. obligari, 43. de obl. & act.* ubi ſic ſcribit, *Obligari poteſt paterfam. ſuæ poteſtatis pubes.* His enim verbis, *ſuæ poteſtatis pubes.* Significatur is pubes, qui nec in curatione ſit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum eſt; alioqui ſuperfluo verba illa adjicerentur, cum nullus ſit paterfamilias, qui non ſit ſuæ poteſtatis ſuive juris, ſi verba iſta accipiantur in ſenſu vulgari, ut in *tit. Inſt. & D. de his qui ſui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patresfam. puberes ſui juris, *ſui juris*, id eſt, ſuæ curæ, qui nec ſint in poteſtate adminiſtratoria curatoris: quomodo

modo

modo & Cujacius ipſe hoc explicat, 21. *obſ.* 23.

16. At mihi plane perſuadeo, neque Cujacium, neque quemquam alium ab hac ſententia, cæteris fere interpretibus probata, receſſurum fuiſſe niſi eos moviſſet reſponſum Modeſtini in *l. puberes* 101. *de verb. obl.* Verba Modeſtini ſunt; *Puberes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt*. Si ex hoc uno loco res decidenda eſſet, protinus ſubſcriberem ſententiæ Cujacii: ſed quoniam ex profeſſo in contrariam ſententiam ſcripta eſt *d. l.* 3. *C. de in int. reſt. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos ſupra adductos) danda potius opera, ut verbis *d. l.* 101. ea aptetur interpretatio, quæ fiat, ut ne illa *d. l.* 3. repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *ſuis* non patitur, ut verba Modeſtini ſic interpretemur, *puberes, qui ſunt ſine curatoribus*, &c. nec argumentum aut titulus, ut ea reſtringamus ad nuptias aut ſponſalia. At hæc interpretatio colorem habet: *Puberes ſine curatoribus ſuis*, &c. id eſt, abſentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; puberes alibi verſantes ſine curatoribus ſuis ex ſtipulatu obligari poſſunt; non utique ſine illorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus hoc inter impuberes puberesque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe & ſtatim auctor fieri debeat, *l.* 9 §. *pen. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea interveniens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat. Nec video quid ſpecioſius afferri poſſit ad evitandam legum pugnam, niſi putamus Modeſtinum ita ſcripſiſſe: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουρατόρων, &c. id eſt, *puberes ſine curatoribus conſtituti*, ut Impp. in *d. l.* 3. quod male converſum ſit. Sane pleraque Modeſtini de tutoribus & curatoribus Græco ſermone ſcripta eſſe conſtat ex *tit. de confirm. tut. Qui pet. De tut. dat. De excuſ. tut.* Conſuli interim potuerunt DD. *in d. l.* 3. *& ad l.* 101. Robert. 1. *animad.* 12. Gœdd. *tr. de contr. & comm. ſtip. c.* 7. Lyclam. 7. *memb.* 15. Tim. Fab. *anniverſ. diſp.* 9. Porro paciſci cum omnibus poſſumus, quibuſcum juris gentium communio eſt. Ergo & cum ſervis, cum deportatis, aliiſque peregrinis, cum hæreticis, cum hoſtibus, quibus omnibus fides data jure gentium ſervanda eſt, *l. nam & Servus*, 21. *de neg. geſt. l. bona fides*, 31. *depoſ.* de quo luculentius *ſub. c.* 2. *&* 3.

CAPUT XV.

An quis pactione ſua alteri nocere, aut prodeſſe queat?

1. *Quibus caſibus pactum reale ſervi aut filiifam. domino aut patri noceat.*
2. *Quando pactum perſonale filii, ne ipſe petat, utile.*
3. *Quibus caſibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4. *Quando tutoris, curatoris, &c. pupillo, minori, &c. noceat.*
5. *Cur pactio emptoris hæreditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hæreditatis.*
6. *Pactum ſervi & filii ne a domino aut patre petatur, prodeſt domino & patri.*
7. *Quid juris, ſi filiusfam. aut ſervus pacti, ne a ſe peteretur.*
8. *Quid ſi pater pactus, ne a filio petatur.*
9. *Pactum procuratoris negotium domino prodeſt ad exceptionem doli.*
10. *Ejus, qui plane extraneus eſt, pactum nobis non prodeſſe.*
11. *Contemplatio auctoris circa* l. 3. C. de don. quæ ſub mod.
12. *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis teſtamentaria & conventionalis.*

NEMO pactione ſua alteri nocere poteſt, ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate, *l. ſi tibi*, 17. §. *pen. l. ſi unus*, 27. §. 4. *verſ. ante omnia l. contra juris*, 28. §. 2. *l. ult. h. t.*

1. Cæterum pactum a ſervo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet ſi de re peculiari, cujus liberam habent adminiſtrationem, non donationis cauſa, ſed tranſactionis, aliave ſimili, quæ non excedit fines adminiſtrationis, factum ſit, *d. l. contra juris*, §. 2. *hoc tit.* Quin etiam pactum de re dominica aliquando utile eſt, veluti ſi ſervus dominicam pecuniam credens pactus ſit, ne ea ante certum tempus petatur, *l. ſin autem*, 29. *eod.* Quod ſi ſervus aut filius pacti ſint, ne ipſi peterent, inutile eſt pactum, *d. l. contra juris*, §. 2. *eod.* Nam cum neque ſervus, neque filiusfam. regulariter petere ſeu agere poſſit, *l. filiusfam.* 9. *de obl. & act. l.* 6. *C. de judic.* pacta de non petendo fruſtra in eorum perſonam concipiuntur.

2. Quibuſdam tamen caſibus in perſona filiifam. id aliter ſe habet; veluti ſi paciſcatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure ſingulari filiofam. competunt, *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Cajus ſignificant in *l. in perſona*, 30. *hoc tit.* Item cum pactum a filiofam. confertur in id tempus, quo ſui juris effectus agere poterit, *l. & hered.* 21. §. 3.

3. Sed nec pactum a procuratore factum ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in caſibus: quorum primus eſt ſi dominus procuratori ſuo mandavit, ut paciſceretur: alter, ſi ſit procurator omnium rerum, totorum ſeu univerſorum bonorum *l. nam & nocere*, 12. *eod.* quibus verbis veteres compendio ſermonis ſignificant eum, cui plena liberaque rerum adminiſtratio conceſſa eſt, *l. procurator cui*, 58. *l. procurator totorum*, 63. *de procur. l. jusjurandum*, 17. §. *ult. de jurejur.* Vaud. 1. *quæſt.* 47.

Duar.

Digitized by Google

Duar. *ad l.* 1. §. *per procuratorem*, 20. *de acq. poſſ.* Atque hujus procuratoris tam ampla poteſtas eſt, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere poſſe, quæcunque ad adminiſtrationem magis, quam ad profuſionem diſſipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis cauſa paciſci non poteſt, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentuſque paterfamilias diſtrahere non ſolet, *d. l. contra juris*, 28. §. 2. *h. t. d. l.* 63. *de procur. l. ſi conſenſit* §. 1. *quib. mod. pign. ſolv.* Tertius caſus eſt, cum quis procurator in rem ſuam conſtituitur, id eſt, cum ei actio creditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur, *l. ſed ſi*, 13. §. 1. *h. t.*

4. Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis cauſa factum pupillo aut adulto nocet *l. pactum* 22. *C. eod.* nocet autem ſi factum ſit de re dubia tranſactionis cauſa *l. interdum*, 56. §. *pen. de furt.* per *l. tutor*, 35. *pr. de jurejur.* Curator quoque ſive adminiſtrator reipub. aut civitatis paciſcendo non magis reip. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere poteſt, *l. Imperatores*, 37. *h. t. l. præſes*, 12. *C. de tranſact.* eademque cauſa eſt ejus, qui ſocietatis vel univerſitatis magiſter dicitur, *l. item magiſtri*, 14. *hoc tit. l. actor*, 9. *rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l.* 14. magiſtri pactum & prodeſſe & obeſſe.

5. Pactio facta inter emptorem hæreditatis & debitorem hereditarium nocet venditori, *l. ſi cum*, 16. *h. t.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex conſtitutione Divi Pii *d. l.* 16. Facilius admittendum fuit, ut quis pactione ſua alteri poſſit prodeſſe: quod & ipſum tamen regulariter receptum non eſt, *l. ſi tibi*, 17. §. 4. *l. ſi cum*, 36. *l. tale pactum*, 40. §. *ult. h. t. l. ſtipulatio*, 17. §. *alteri*, 17. *de ver. oblig.* Pactum filii aut ſervi, ne a patre aut domino petatur, utile eſt, prodeſtque patri & domino, *d. l. ſi tibi*, *in fin. cum* 2. *ll. ſeq. eod.* quoniam per eas perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, melior conditio noſtra fieri poteſt, etſi deterior fieri non poteſt, *l. melior*, 133. *de reg. jur. l.* 3. *l. filius*, 22. *C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo ſervo, in quo uſumfructum habemus, aut qui nobis bona fide ſervit, *l. ſi debitor*, 55. *eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne a ſe petatur, proderit ei, *l. acquirent*, 19. §. 1. *eod.* Nam ex omni cauſa filiusfam. conveniri poteſt, ſicut paterfam. *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* ac tametſi pactum iſtud perſonale ſit, nihilominus tamen & patri proderit, ſi nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia perſonale eſt. Quod ſi ſervus, ne a ſe peteretur, pactus ſit, nihil valebit pactum; quia ab eo peti non poteſt, *leg. cum ſervo*, 107. *de reg. jur.* At enim ſi in rem paciſcatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in perſonam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc caſu exceptio doli ſubſidiaria, *leg. & heredi*, 21. §. 1. *hoc tit.*

6. Pactum a patre factum ne a filio petatur, filio non prodeſt, etiamſi poſtea heres filius extiterit, *l. ſi tibi*, 17. §. 4. *eod.* quod tamen cum Cujacio ſic accipio, hactenus non prodeſſe, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda, *arg. d. l. & her.* §. 2. *h. t.* & ita quoque Zaſ. *in d. l. ſi tibi*, §. *cum poſſeſſor. n.* 7. & Pac. *in* §. 4. *eod.* Sed ſi pater paciſcatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum ſuper ea obligatione paciſcitur, ex qua non poteſt filius, niſi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda eſt: nam heredi conſuli conceſſum eſt; & nihil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non conſuli, auctore Celſo in *l. avus*, 33. *h. t.* quod & Pomponius probat, *l.* 10. *de pact. dotal.* Huic tamen ſententiæ obloqui videtur Julianus *l. eum qui*, 56. §. 1. *de verb. oblig.* ubi ait, ſi quis promiſerit ſe & Titium heredem ſuum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis conveniſſe videatur, ne a cæteris peteretur. Nolo hic examinare varias reſponſiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l.* 33. & *d. l.* 36. §. 1. ſed quid mihi ad *d. l.* 56. §. 1. reſpondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de conſtituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non poteſt: utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis, *l.* 2. *C. de her. act. l.* 6. *C. fam. erc.* Et quamvis, ſi verba ſtipulationis ſpectamus, in qua ſolius Titii mentio facta, poſſit videri tacite conveniſſe, ne ab aliis heredibus, ſed a ſolo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod veriſimile non eſt eam fuiſſe mentem ſtipulatoris decem ſibi dari ſtipulantis, ut a ſolo Titio eam ſummam peteret, a cæteris nihil petere atque ita integra decem non poſſet conſequi. Certum enim eſt, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuiſſe, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo, *l.* 14. *C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc eſt, quod Julianus ait, Titii perſonam ſupervacue comprehenſam eſſe. Ex converſo quoque qui ſtipulatur ſibi & Titio heredi ſuo dari, omnibus heredibus ſuis obligationem acquirit propter eamdem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujuſque parte acquiritur; quod cum procul dubio cum effectu accipiendum ſit, conſequens omnino eſt, neminem rem ſuam petentem exceptione ſummoveri poſſe, contra quam exiſtimat Accurſius *in d. l.* 33. *h. t.* At vero apud Celſum *d. l.* 33. non agitur de uno ex heredibus obligando, neque de obligatione uni acquirenda; ſed de uno per pactionem liberando, eique

ita

ita conſulendo, ut huic ſoli exceptio proſit, cæteris non item. Hoc autem etſi tacita pactione non efficitur, expreſſa tamen effici poteſt. Tutoris quoque & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto, furioſo & prodigo, *l. tutoris*, 15. *l. contra*, 28. §. 1. *eod. l. curatoris*, 22. *C. eod.* quia etſi perſonæ extraneæ ſunt, tamen ob hoc ipſum rebus noſtris adminiſtrandis ſunt præpoſiti, ut faciant conditionem noſtram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodeſt, quanquam non ad exceptionem pacti, ſed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque ſubſidium eſt *l. reſcriptum*, 10. §. *ult. eod* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis naſcitur, quam ex dolo creditoris noſtri; quem certum eſt dolo facere, ſi id petat, quod procuratori noſtri, id eſt, pene alteri domino, & quidem noſtro nomine remiſerit, *l. 1. §. 1. & 2. de dol. mal. excep.* Et generaliter quicunque ſtipulando nobis acquirere poſſunt, iidem & paciſcendo poſſunt conditionem noſtram facere meliorem, *l. per quos*, 59. *hoc tit.*

10. At ſi quis plane extraneus eſt, qui nec in poteſtate noſtra ſit, nec rebus noſtris adminiſtrandis præſit, ejus pactum nobis non prodeſt, nec inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo, *l. ſtipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *de verb. obl. l. 3. C. de inut. ſtipul. l. quo tutela*, 73. §. *ult. de reg. jur.* quanquam interdum in ſubſidium exceptio doli datur, *l. idem in duobus*, 25. §. *ult. & l. ſeq. hoc tit.* Illud ſingulare eſſe videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri poteſt actio tertio alicui extraneo contra donatarium, *per l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* cujus rei hanc eſſe rationem ſcribit Covar. 1. *var. reſol. c.* 14. quod id ſpeciale ſit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut poſſit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem, obiter inſpici poteſt & Ant. Fab. *C. ſuo forenſ. ad d. tit. C. de donat. quæ ſub mod. defin.* 2.

11. Tentari tamen poteſt, *d. l. 3. C. eod. tit.* occurrere ſpeciem fidei commiſſi in contractu conſtituti. Sane enim & in contractibus interdum fideicommiſſum conſtituitur, *l. Publia Mævia*, 26. *pr. depoſ. l. ſi pecunia*, 77. *de legat.* 1. Et ſic poſſum in traditione rei meæ paciſci, ne res alienetur, *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. C. de reb. al. l. in traditionibus*, 48. *h. t. l. 3. C. de cond. ob cauſ. dat.* cui non obſtat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum caſum non pertinet, cum pactio interceſſit in traditione rei meæ, ſed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12. Atque hæc eſt prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem teſtamentariam, ut id obiter addam, hoc intereſt, quod ex teſtamentaria prohibitione æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit, *l. ult.* §. 3. *C. comm. de legat.* At ſi contra conventionale fideicommiſſum alienatio facta ſit, perſonalis duntaxat actio contra alienantem datur, *d. l. 3. C. de cond. ob cauſ. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in teſtamento, ſed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem eſſe utriuſque prohibitionis effectum, ſed commodanda eſt vis ac poteſtas prohibitionis ad eum modum, quem ſpecies ſingulæ illic poſitæ pro natura ſua admittunt; quod & interpr. vulgo obſervant. Bronch. *cent.* 1. *aſſert.* 36.

CAPUT XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejuſſori, aut fidejuſſoris debitori proſit, & de pacto unius e duobus reis.

1. *An utilitas exceptionis fidejuſſori quæſita ex pactione rei, contraria rei pactione ei auferri queat.*
2. *Pactum fidejuſſoris nec reo nec confidejuſſori prodeſt.*
3. *Jurisjurandi alia ratio, & quare.*
4. *Quid juris, ſi expreſſe convenit, ne a reo quoque petatur.*
5. *Pactum unius ex correis debendi ſociis alteri quoque prodeſſe: nec obſtare* l. 3. de lib. legat.
6. *Si ſocii non ſunt, non prodeſſe.*
7. *Species* l. 2. C. de duobus reis.
8. *Quod ſi uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pactio inducta?*
9. *Pactum unius e duobus reis credendi ſociis ita alteri non nocere, ut neque proſit.*
10. *Explicatio* l. ſi duo 34. de recept. arbitr.
11. *Si rei credendi ſocii ſint, pactum unius alteri nullo obeſſe modo.*

PACTUM debitoris in rem conceptum fidejuſſori quoque prodeſſe conſtat: non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi*, 21. §. *ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Perſonale autem pactum debitoris diximus fidejuſſori non prodeſſe (utique jure veteri) *l. niſi hoc*, 22. *eod.* Atqui, inquis, etiam hic intereſt rei, ne a fidejuſſore petatur. Sed id in propoſito conſiderari non debet: quippe ubi reus expreſſe pactum ad ſuam perſonam reſtrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuiſſet, non poterit objici exceptio a fidejuſſore, aut ſi objiciatur, replicatione eliditur. Quid ſi ſimpliciter ſine particula taxativa pactus ſit debitor ne a ſe petatur? Puto hoc pactum etiam fidejuſſori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie intereſt, ne ab aliis petatur, *arg. l. ſi tibi*, 17. §. *propon. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. niſi hoc* 22. in pacto, ut loquitur Bartolus, perſonaliſſimo, quando pacto eſt inſerta dictio taxativa; veluti ſi con-

Digitized by Google

convenit, ut a reo duntaxat non petatur. Poteſt autem & ſine perſona ſua reus paciſci, ne a fidejuſſore petatur, ut pactum ſit efficax, *l. ſi unus*, 27. §. *eod.*

1. Quæſtionis eſt, an utilitas exceptionis ſemel fidejuſſori quæſitæ ex pactione debitoris, ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus reſpondit, non poſſe, *l. ult. h. t.* cui obſtare videtur *l. ſi unus*, 27. §. 2. *verſ. eadem ratione*, *eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejuſſoribus non prodeſſe, qua prius non prodeſt debitori, qui poſtea pactus eſt, ut petere liceret. Sed non ſunt hæc contraria. Nam hoc tantum ſignificat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum poſteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipſo jure, ſed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejuſſori pacto contrario ipſius fidejuſſoris per replicationem elidi, ut noceat fidejuſſori. Longe autem diverſum eſt, quod Anthianus definit, exceptionem fidejuſſori vel ſua vel debitoris pactione ſemel quæſitam, ipſi invito extorqueri non poſſe, Pac. 1. *cent.* 98.

2. Ex converſo pactum fidejuſſoris reo non prodeſt, quoniam ut proſit reo, nihil intereſt fidejuſſori; quippe in quem reus, ſi ſolverit, nullam actionem habiturus ſit: ac proinde etſi fidejuſſor ſimpliciter pactus ſit, ne pecunia petatur, nihilo magis id proderit reo, *l. fidejuſſoris*, 23. *hoc tit.* eademque ratione nec confidejuſſori hujuſmodi pacta proderunt, *d. l.* 23.

3. Jurisjurandi alia ratio eſt: id enim ſolutionis loco cedit, *l. jusjurandum*, 27. & *l. ſeq.* §. 1. *de jurejur.* dummodo de ipſo contractu & de re juratum ſit: quoniam tunc perinde habetur, quaſi nihil debeatur, *l. in duobus*, 28. §. 1. *d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, ſed ut defendatur exceptione.

4. Cæterum ſi expreſſe convenit, ne a reo quoque petatur, placet tale fidejuſſoris pactum etiam reo proficere, *l. idem in duobus*, 25. §. *ult.* & *ſeq. hoc tit.* quo tamen caſu debitori non exceptio pacti, ſed doli exceptio datur, *d. l.* 15. §. *ult.* nimirum ex æquo & bono; eſt enim exceptio doli ſubſidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut ſupra quoque monuimus, *l. reſcriptum*, 10. §. 2. *eod.* Placet autem hoc caſu etiam reo exceptionem dati propter συμπλοκὴν, ſeu connexum obligationum, quia reus & fidejuſſor unum & idem debent. Idem eſt & in confidejuſſoribus. Excipitur & hic caſus, ſi fidejuſſor quis ſit in rem ſuam: quoniam hic reus potius eſt, quam fidejuſſor, & is pro quo fidem interpoſuit, fidejuſſor verius, quam reus, *l. ſed ſi*, 24. *eod.*

5. Si unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne a ſe petatur, quin id pactum cæteris quoque proſit, vix ambigatur, propter regulam *l. & heredi*, 21. §. *ult. hoc tit.* Nam hoc quoque paciſcentis pecuniariter intereſt, a ſocio promittendi reo non exigi, quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtare tamen videtur, quod Julianum reſpondiſſe Ulpianus *l. 3. §. 3. liber. legat.* refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obſcure ſignificat, pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Sed recte reſpondet Bachovius Juriſconſultus in ſpecie illic propoſita liberationem fieri voluiſſe per eum modum, quo penitus & ipſo jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario proſpectum ſit; cum alioqui actione ipſo jure non ſublata fieri poſſit & aliquando contingere, ut actione adverſus alterum inſtitura ipſe inquietetur.

6. Quid ſi ſocii non ſint? pactum unius alteri non prodeſſe probatur ex *l. idem*, 25. *hoc tit.* quæ lex conjungenda eſt cum *l. fidejuſſoris*, 23. *eod.* ut inſcriptio & res ipſa indicat. Ceſſat quoque hic regula *d. l.* 21. §. *ult. eod.* quia non intereſt paciſcentis a correo, qui ſocius non ſit, non peti. Et huc in primis facit *d. l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* ubi Juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur, ſed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio proſit.

7. Plerique tamen credunt huic ſententiæ contrarium eſſe, quod reſcriptum eſt *l. 2. C. de duob. reis*, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, poſſe repetere, quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur Ant. Fab. *C. ſuo for. de duob. reis, defin.* 1. Chriſtian. *vol. 3. deciſ.* 114. & *vol. 4. deciſ.* 178. Ego vero puto *d. l.* 2. commode accipi poſſe de correis ſociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta, vid. eund. Fab. 11. *conjunct.* 6. & *ſeqq.* Perez. *ad tit. C. de duob. reis*, *n.* 10. & *ſeq.* Plane ſi quis nominatim correo quoque ſuo paciſcatur, proderit ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l. idem in duobus*, §. *ult. cum l. ſeq. hoc tit.*

8. Quid ſi tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodeſſe poſſit Alexander ad *l. 2. h. t.* ſcripſit, quam ei cui redditum eſt. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris niſi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adverſus correum actionum, *arg. l. 2. C. de donat. l. Mævia*, 48. *ſolut. matrim. l. ſervum filii*, 44. §. *cum qui*, 5. *de leg.* 1. Ex quo apparet non poſſe correo ex ea cauſa quæri exceptionem pacti de non petendo;

alioqui videretur creditor mandaſſe actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi poſſet; idemque creditoris factum & actionem præberet, & ſimul exceptionem, qua hæc actio elideretur; quod eſt abſurdum. Fidejuſſorum alia ratio eſt. Quidni enim iis proſit exceptio pacti, cum non poſſit redditio inſtrumenti facere, ut adverſus eos ulla actio mandata videatur. Namque reus principalis regreſſum habere non poteſt adverſus fidejuſſorem ſuum, cui ex contrario ipſe indemnitatem præſtare debet. Plane ſi in rem ſuam fidejuſſit, aliud dicendum eſt, nam hoc caſu nec pro fidejuſſore habetur, *l. ſed ſi*, 24. *hoc tit. l.* 1. §. 1. *qui ſatiſd. cog. l.* 5. *de liber. legat.* & ita judicatum refert Ant. Fab. *C. ſuo, hoc tit. defin.* 6. vid. & ſup. *c.* 12. *n.* 13.

9. Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, nempe ſi pactus ſit ſe non petiturum. Et hic iterum intereſſe putem, ſocii ſint, nec ne. Si ſocii ſunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque proſit: nam ſaltem pro parte obſtabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis: eam autem partem, quam ipſe conſequitur, communicare non tenetur ſocio cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Et utut ſummi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obſit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti ſaltem obſtet exceptio pro parte.

10. Objicit huic ſententiæ Ant. Faber, *l. ſi duo* 34. *de rec. arbitr.* Ex qua ita argumentatur; Si compromiſſum unius ex correis ſociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromiſſum nocet &c. *d. l.* 34. Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eadem *l.* 34. liquere poteſt: non enim quæritur eo loco, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente eo ſtipulatio pœnalis interpoſita a ſocio, qui compromiſit, committatur; quod non obſcure affirmat Juriſconſultus. Unde facile intelligitur compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non nocere: quamvis & eo petente ſtipulatio pœnalis committatur adverſum eum ſcilicet, qui compromiſit.

11. Quod ſi correi credendi [illegible] non ſint, pactio unius alteri non oberit ullo modo: quoniam talia pacta vim ſuam nunquam exerunt extra perſonas paciſcentium, *l. ſi unus*, 27. *in fin. pr.* junct. §. 3. *verſ. ante omnia*, *h. t.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit, *l.* 2. *de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. ſi rem*, 31. §. 1. *de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l.* 28. *de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. Sed & vim litis conteſtatæ jusjurandum habet, *l.* 9. §. 3. *de jur.* Petitione autem unius alterius jus conſumitur, *l.* 2. *de duob. reis*, *l.* 31. §. 1. *de novat. l.* 11. §. *ſic. evenit*, 21. *de legat.* 3. Hæc nunc pro inſtituto ſufficiant: alio fortaſſis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAPUT XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1. *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2. *Excipitur caſus, de quo* l. 7. §. ult. & 3. ll. ſeqq. hoc tit.
3. *Exceptionis hujus ratio.*
4. *Major pars creditorum non ex numero perſonarum, ſed ex modo debiti æſtimatur.*
5. *Creditores abſentes, recte & tempeſtive citatos ſequi debere exemplum præſentium.*
6. *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7. *Hipothecarios excipi, & qui fidejuſſorem habent, & quare.*
8. *Sententia Pauli in* l. ſi præcedente, 58. §. 1. mandat.
9. *Quid noſtris & Gallorum moribus.*

CREDITORES cum debitoribus ſuis obæratis qui ſolvendo non ſunt, interdum paciſcuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti ſunt de certa portione remittenda: ſed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt paciſci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipſi poſſint totum petere, quæritur.

1. Dicendum eſt debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obeſſe, *l. debitorum*, 25. *C. hoc tit. per l. non debet*, 74. *de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. ſolvendo*, 39. *de neg.* item arg. *l. ult. C. qui bon. ced. poſſ.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare poteſt in danda dilatione ſeu induciis ad ſolvendum ſecundum formam illius conſtitutionis: cæterum non idem ſtatuitur de remittenda parte debiti.

2. Quo pertinet ergo diſputatio Juriſconſultorum in *l. juris gentium*, 7. §. *ult.* & 3. *ll. ſeq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad caſum ſingularem; cum ſcilicet heres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita ſe inſtituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam ſi a creditoribus ſibi caverit, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc caſu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciſcentibus, ſed etiam iis, qui pacti non ſunt, *d. l.* 7. §. *ſi ante*, 17. Junct. *d.* §. *ult. eod. arg. l. quod major*, 19. *ad municip.*

3. Atque hoc non ſine evidenti ratione æquitatis conſtitutum eſt, quoniam creditorum omnium,

Digitized by Google

nium, etiam eorum, qui pacti non ſunt, intereſt heredem adire hereditatem, ut ſaltem partem aliquam debiti ſalvam habeant, cum alias fieri poſſet, ut totum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem poſſent convenire, §. 2. *in fin. Inſt. de l. Falcid.* Hæc autem ratio ceſſat, ubi heres jam hereditatem adiit nulla pactione interpoſita: quoniam cum nunc ſit aliquis, qui conveniri poſſit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obeſſe his, qui pacti non ſunt. Ita recte Bart. Bald. Angel. Salic. Caſtr. *in dd. ll.* Unus tamen caſus eſt, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris: nempe ubi debitor fugitivus eſt, nec poteſt commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio eſt, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recuſat adire hereditatem. Jaſon in *l. majorem*, 8. *h. t.*

4. Porro in tuto hoc negotio majorem partem æſtimari placuit ex modo debiti, non ex numero perſonarum, *d. l. 8. l. ult. C. qui bon. eod. ced. poſſ. l. ſi quis*, 14. *depoſ. l. cum bona*, 16. *de reb. auct. jud. poſs.* Enimvero hæc ita in ſupra dicta ſpecie procedunt, ſi major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter ſe diſceptent. Paul. Caſtr. *ad d. l. 7. §. ult. h. t.*

5. Et quidem hic etiam abſentes creditores exemplum præſentium ſequi debebunt, inibiturque majoris computatio ex iis, qui præſentes ſunt, *l. reſcriptum*, 10. *eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam ſi recte & tempeſtive citati ſint abſentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Caſtarenſis & Pacius diſſentiant: qui licet fateantur tutius eſſe abſentes citari, tamen neceſſarium negant. Etenim cum hic partes ſuas prætor interponat, ejuſque decreto opus ſit, *d. l. 7. §. ult. h. t.* ſpeciem judicati hæc res continet, ut iis, qui citati non ſunt, ea præjudicare non debeat, *arg. l. de unoquoque*, 47. *de re jud. l. etiamſi*, 29. §. *ult. de minor. l. nam ita*, 39. *de adopt.* Eoque jure utitur.

6. Quod autem major pars creditorum præſentium ita, uti diximus, ſtatuerit, nocebit aliis etiam abſentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d. l. reſcriptum*, 10. *h. t.* nempe iis etiam, qui perſonale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem*, 26. *l. quod cuis*, 34. *l. bonis*, 38. §. 1. *de reb. auct. jud. poſs. l. ſi ſponſa*, 74. *de jur. dot.* Item fiſco, cum non hypothecam, ſed tantum privilegium exigendi perſonale habet, *d. l. reſcriptum, hoc tit.* veluti cum in privati locum fiſcus ſucceſſit, *l. fiſcus*, 6. *de jur. fiſc.* Alias ex contractibus ſuis habet fiſcus hypothecam, ſicut & ex cauſa tributorum, *l. 1. 2. in quib. cauſ. pign. tac.*

7. Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet, *d. l. reſcriptum, hoc tit.* cujus rei ratio perſpicua eſt; neque enim iis obeſſe debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem ſibi obligatam perſequi poſſunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejuſſorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam ſatis proſpectum eſt, etſi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejuſſorem convenire velint, *l. ſi præcedente*, 58. §. 1. *mandat. add.* Trentacinq. *reſol. lib. 2. ſub tit. de ſolut. c. 3.* In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores ſequi tenentur ſuffragium majoris creditorum partis, *l. ult. verſ. nulla quidem differentia, C. qui bon. ced. poſſ.*

8. Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. reſcriptum, h. t.* ei obſtare videtur *d. l. ſi præcedente* 51. §. 1. *mandat.* ubi Paulus ſcribit per pactum majoris partis creditorum præſentium non auferri abſenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla eſt inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præſentium auferri abſentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Buſius; ſed ipſos etiam ſequi debere exemplum creditorum præſentium, & portione debiti eſſe contentos; At vero privilegium, quod inter actiones perſonales vertitur, non admittunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, ſi forte propter heredis inopiam, ſuam ſinguli partem conſequi nequeant; quod ſæpe evenire poteſt: & hoc ſolum eſt, quod Paulus vult in *d. l. præcedente*, §. 1. *mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non abſolute, ſed *κατά τι* accipienda: nimirum ſicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferre creditoribus privilegiariis. Illud vero diſcrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis privilegiariis autem præjudicetur, ut recte poſt Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Coſtalius in *d. l. reſcriptum.* Borcholt. *de pact. c. 5. n. 21. & ſeqq.* Pac. *cent. 1. q. 89.*

9. Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium diſſentientibus neutiquam obeſt *edict. Carol. V. edit. 19. Maji* 1544. *art. 35.* atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *cenſ. Gall. ad l. 7. §. ult. & l. 8. ff. de pact.* Sed nec pactas quoque cum majore parte creditorum inducias, cæteri creditores ſequi tenentur niſi oblata cautione & judicis decreto interveniente, *d. art. 35.* atque ita in ſupremo Hollandiæ ſenatu judicatum teſtatur Neoſtad. *deciſ. ſup. Cur. 53.*

Digitized by Google

CAPUT XVIII.

De quibus rebus paciſci poſſumus.

1. *Privatorum pactis jus publicum mutari non poſſe.*
2. *Non valere pacta, quæ contra juris regulas, ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.*
3. *Valeatne conventio vivo teſtatore facta, ne heres Falcidia utatur.*
4. *Interpretatio*, l. pactum, 46. hoc tit.
5. *Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.*
6. *Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem caſu valere.*
7. *De controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, etiam non inſpectis tabulis recte paciſcimur.*
8. *De alimentis teſtamento relictis gratis paciſci citra prætoris auctoritatem licere.*
9. *Pactum de quota litis cur improbatum.*
10. *An ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat a jurejurando.*

PACISCI poſſumus de re privata duntaxat & familiari, veluti ſi quis paciſcatur, ne judicati, incenſarum ædium, depoſiti, furti agat, ne operis novis nuntiationem exequatur, *l. juris gentium*, 7. §. *ſi paciſcar*, 13. & 2. *ſeqq. h. t.* ne debitorem ultra quam quatenus facere poſſit, conveniat, *l. ſi quis crediderit*, 49. *eod.* ne ab herede hereditatem adituro totum petat, *d. l.* 7. §. *ſi ante*, 17. *eod.* ne legatorum ſibi relictorum nomine ſatiſdationem ab herede exigat, *l. pactum*, 46. *eod. fac. l.* 2. *C. ut in poſſ. leg.* ne utatur fori præſcriptione, *l. pen. C. eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res depoſita ſit periculo ejus, apud quem deponitur, *l.* 7. §. *ſed & ſi*, 15. *eod. l.* 1. §. *ſæpe evenit*, 35. *depoſ. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* ne jumenti vitioſi aut morboſi venditor teneatur emptori actione redhibitoria, *l.* 31. *hoc tit.* Licet enim id pactum ſia contra edictum ædilium, ad rem tamen paciſcentium privatam & familiarem tantum ſpectat, & renuntiationem continet beneficii emptorii edicto ædilitio conceſſi. Item ſi fideicommiſſi onere invicem gravati ſint filii, poteſt precaria hæc ſubſtitutio mutuo conſenſu remitti, *l. cum proponas*, 16. *C. eod.* cui ſimile exemplum eſt, quod proponitur *l.* 1. *C. eod.* cum quis ſpem fideicommiſſi conditionalis ſibi delati pacto remittit, & pro ea remiſſione qui viciſſim accipit. Ex eadem regula & illud eſt, quod ſi interemptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio ſervanda ſit *l. in emptionibus*, 43. *eod. l.* 11. §. *ult. de act. empt.*

1. De iis vero rebus, quæ ad cauſam publicam pertinent, paciſci non poſſumus; puta ſi quis paciſcatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. cauſa facta eſt, exequatur, *l.* 7. §. *ſi paciſcar*, 14. *h. t.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non poteſt, *l. jus publicum*, 38. *eod.* Et hoc eſt, quod generaliter definit Ulpianus *d. l.* 7. §. *& generaliter*, quoties pactum a jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportere: *a jure communi*, dictum videtur pro a jure ſingulorum & re cujuſque privata, *l. ſi unus*, 27. §. *pacta*, 4. *eod.* Et ideo ſi is, cui oppignoratur prædium, paciſcatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignorati agnoſcat, ſed ejus ſolvendi neceſſitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiſcalis, *l. inter debitorem*, 42. *eod.* quanquam quod ad paciſcentes attinet juſtum, ac proinde ſervandum eſt, *l. epiſtola*, 52. §. 2. *eod. l. ult. C. ſin. cenſ. vel reliq.*

2. Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac. *lib.* 1. *obſ.* 24. res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas ſeu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt, *l. contra*, 28. *h. t. l.* 27. *de reg. jur.* veluti ſi pupillus ſine tutoris auctoritate pactus ſit ne a debitore ſuo petat, *d. l.* 28. aut ſi convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur, *l.* 2. *l.* 12. §. 1. *l. licet*, 18. *de pact. dot.* aut ſi conſtante matrimonio vir & uxor paciſcantur, ne ob res donatas ageretur, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Item ſi quis cum aliquo paciſcatur, ne ejus frater ſit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non poteſt, *l. jus agnationis*, 34. *h. t.* Conjunctio ſanguinis neceſſaria eſt & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove noſtro non pendet. Quam ob cauſam Iſocrates amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe dicebat, quod hæc *ἐκ τῆς ἀνάγκης, ex neceſſitate*, illa *ἐκ τῆς προαιρέσεως, ex voluntate* proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte judex adeo excors ſit, ut agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet, quo caſu merito jus facit ſententia & pro veritate habetur, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *l.* 3. *pr. de lib. agnoſc.* Et in univerſum ſtatus hominis vel conditio perſonæ pactis mutari non poteſt, *l. liberos*, 10. *C. de lib. cauſa.* Denique ſicut pacto effici non poteſt, ut is agnatus ſit, qui agnatus non eſt, nec contra: ita quoque ut coheres ſit aliquis, cui neque teſtamento neque lege defertur hereditas, fruſtra cavemus, *l. epiſtola*, 52. *pr. h. t.*

3. Quæſitum eſt, an valeat conventio vivo adhuc teſtatore facta, ne heres Falcidia utatur, & certam pecuniam, ſi contra fecerit præſtet? Et Papinianus in *l. quod bonis*, 15. §. 1. *ad leg. Falc.* reſpondet hujuſmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec teſtator ipſe olim in ſuo teſtamento Falcidiam prohibere potuit: quia ne-

nemo

Digitized by Google

mo poteſt in teſtamento ſuo cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt*, *55. de legat.* 1. Cæterum quoniam jure noviſſimo teſtatori permiſſum eſt vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov.* 1. *c.* 2. putavit Cujacius in *l. pactum 46. h. t.* & cum Cujacio Buſius, hodie etiam vivo teſtatore privata conventione remitti Falcidiam poſſe, contra reſponſum Papiniani in *d. l. quod bonis*, §. 1. *ad l. Falcid.* Quod probare non poſſum. Abutitur Cujacius ratione Juriſconſulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod poteſt fieri, inquit, teſtamento, poteſt & pacto. Verum eſt; ſed id demum procedit mortuo teſtatore, cum jam hereditas aut legatum delatum eſt, aut ſaltem teſtamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim eſt ſententia *d. l. 46.* ſicut teſtator potuit teſtamento ſuo cavere, ne ab herede ſatiſdatio legatorum nomine exigatur, ita & poſt mortem teſtatoris legatarius, qui ſatiſdationem exigere poterat, eam pacto poteſt heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo teſtatore remittere non potuerit, hæc ratio eſt, quod nec teſtator huic legi derogare potuit; ſed hæc, quod eo tempore inſtitutus necdum heres dici poteſt, nec ullum plane jus ei natum eſt, cum teſtamentum pro libitu teſtatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et ſic omnino accipiendum, quod Juriſconſultus in *d. l. 46.* ait licere ſui juris perſecutionem aut ſpem futuræ perceptionis deteriorem conſtituere: nimirum non juris prorſus incerti, & quod in nuda atque imaginaria ſpe poſitum ſit, cujus remiſſio jure noſtro nullum momentum habet: ſed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut niſi die aut conditione differretur, ſtatim illud agnoſcendo acquirere poſſemus. Sane poſt mortem teſtatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani ſententia eſt in *l. qui quod*, *46. ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. ſi patronus*, 20. §. 1. *de donat.* confirmata a Juſtiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipſo dubitatum fuiſſe. Eadem ratione ſanxit idem Juſtinianus, ut ſi quis a patre certas res pecuniamve acceperit, pactuſque fuerit de querela inofficioſi adverſus patris teſtamentum non movenda, hujuſmodi pacto non prægravetur, poſſitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare: quamvis poſt mortem patris recte paciſcatur de querela inofficioſi, quæ jam ei nata eſt, non movenda, eique renuntiare poſſit, *l. ſi quando*, 35. §. 1. & 2. *C. de inoff. teſt.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obſequia provocandi ſunt, quam pactionibus adſtringendi.

5. Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis poſt mortem teſtatoris factam, de remittendo legato aut fideicommiſſo conditionali. Valet quidem talis pactio, ſi tranſactionis cauſa facta ſit aliquo accepto vel retento, *l. 1. C. h. t. l. 11. C. de tranſact.* Sed valere negat Faber eam, quæ fit gratuito & citra cauſam tranſactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum deſtruit voluntatem teſtatoris, quam ex contrario tranſactio præſupponit, facit Paul. 4. *ſent.* 1. §. *rogati*, Ego autem didici etiam gratis paciſci licere, *l. & uni*, 21. §. 4. *h. t. l. cum proponas*, 16. *C. eod.* Nec obſtat, quod legatum aut fideicommiſſum pendente conditione repudiare non poſſumus, *l. ſi ita ſcriptum*, 45. §. 1. *de legat.* 2. nam repudiationis & pacti diverſa ratio eſt. Non repudiantur niſi quæ jam delata ſunt, *l. is qui*, 13. *l. nec. is qui*, 17. *in fin. cum l. ſeq. de acq. her. l. delata*, 151. *de verb. ſign.* pacto remitti poſſunt & quæ nondum delata *d. l. & uni*, 21. §. 4. *d. l. 1. & d. l. 16. C. de pact.* Qui repudiat, remittit in præſens, quod ei delatum eſt & poterat agnoſcendo acquirere. At legatum conditionale non defertur, ac proinde nec acquiri poteſt, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem exiſtentem legatario ad heredem ejus non tranſmittitur, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. 1. §. ſin autem*, 7. *C. de caduc. toll.* Qui autem paciſcitur, poteſt etiam in futurum remittere, ſcilicet cum legatum vel fideicommiſſum deberi & peti poſſe cœperit. Qui repudiat, dicit ſe nolle rem, quæ delata eſt, ad ſe pertinere: qui paciſcitur, hoc dicit, ſe etſi poſt cœperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari poteſt legatum, cujus dies nondum venit, licet ceſſerit, veluti ſi ex certa die nobis legatum ſit, *d. l. 45. §. de legat.* 2. Gadd. *c. 6. de contr. & comm. ſtip. n. 15. & ſeq. poſt* Alciat. Dom. *& alios ad d. l. 1. C. h. t.* Zaſius in *l. 17. §. pen. h. t.* etiam affert rationem: quia repudiatio tantum nititur conſenſu unius, & eſt fragilis: ſed pactum nititur conſenſu utriuſque, legatarii & heredis.

6. Cæterum noſtrorum temporum ſimplicitas, hanc juris Romani ſubtilitatem, ut nimis ſcrupuloſam, inſuper habet: poſſumuſque hodie poſt mortem teſtatoris non tantum tranſigere aut paciſci de hereditate legatove aut fideicommiſſo ſub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare. Bern. Autumn. *cenſ.* Gall. *ad d. l. 55. §. 1. & ibid.* Groenevveg. *tr. de ll. abrog.* qui tamen male huic mori præſidium petit ex *d. l. 2. C. h. t. l. de fideicommiſſo*, *11. C. de tranſact.*

7. De controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, placet non aliter recte tranſigi, quam inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis, *l. 6. ubi Gloſs. & DD. de tranſact.* Unde quæſitum, an hoc ipſo etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujuſmodi controverſiis pactio facta ante tabularum inſpectionem. Affirmat Bart. *in d. l. 6.* negant Caſtrenſ. & Jaſon; quorum ſententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia *d. l. 6.* ubi tranſactio

dumtaxat prohibetur, aliquid ſingulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia non poteſt quilibet legatum aut jus ſibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & tranſactionem in caſu propoſito magna differentia eſt: quippe qui tranſigit, accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur: cum utique velit habere, quod ſibi ex teſtamento debetur: at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

8. Huic quæſtioni affinis eſt & illa, an quis alimenta ſibi teſtamento relicta ex liberalitate donationis cauſa remittere poſſit, ſive quod idem eſt, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem paciſci liceat, quamvis de his tranſigere ſine prætore licitum non ſit, *l.* 8. *per tot. de tranſact.* Et puto licere, idque ob haſce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: eſt autem tranſactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc tranſactionis prohibitio eſt contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad conſequentias, *l. quod vero*, 14. *& ſeq. de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod ſibi relictum eſt, repudiare & contemnere. Et quæſo qua ratione quis impedietur, quo minus omittat & non petat, quod ſibi relictum eſt? Quid denique intereſt, utrum non petat prorſus repudietve an remittat? 4. In pacto ceſſat ratio, quæ in tranſactione cognitionem prætoris requirit, ne ſcilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri poteſt decipi, qui ultro remittit: ſed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præſens habere, quam ſingulis annis particulam. Viſum eſt voluntatem teſtatoris conſervari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non qui contemneret. Nam movet, quod relatum eſt in *d. l.* 8. *ſi uni*, 15. *de tranſact.* non poſſe alimentarium inconſulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta perſequi, ſine prætore nihil facere poteſt, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l.* 8. §. *ſi prætor*, 17. non de alimentario remittente, ſed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impoſſibili facta, aut quæ turpem & inhoneſtam cauſam continent, quæve contra leges, aut bonos mores fiunt, nullius momenti ſunt, *l.* 7. §. *ait prætor*, 7. *l. ſi unus*, 27. §. 3. *&* 4. *h. t. l.* 6. *C. eod. l. generaliter*, 26. *& ſeq. de verb. obl.* puta de faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & ſi quis paciſcatur cum aliquo, ne ob dolum ſuum aut furtum teneatur, ſi poſtea admiſſum fuerit, ex æquo reprobatur hoc pactum, cum magna ſit illecebra peccandi ſpes impunitatis, *d. l. ſi unius*, §. 4. Diverſa cauſa eſt ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium peteretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, paciſci hominibus privatis non liceat? *l. non impoſſibile*, 50. *eod.* Cæterum ſi ob eandem cauſam promittatur pecunia, nulla naſcitur obligatio propter turpitudinem conventionis, *dict. leg.* 7. §. *ſi ob maleficium*, 3. *eodem*.

9. Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum; quo cauſidicus a litigatore litem redimit, τὰς δίκας μοῖραν, ſc. quo convenit, ut nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam ſummam in eventum litis accipiat, *l. ſumptus*, 53. *eod. l.* 7. *mand. l.* 5. *C. de poſtul.* Nam ejuſmodi pactio cauſidicis calumnioſe litigandi occaſionem præbet, iiſque artibus & ſtrophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes diſcunt. Lite autem finita paciſci vetitum non eſt de parte reſidui debiti remittenda advocato ob cauſam ejus patrimonio & fide defenſam, *l.* 5. *C. h. t.* Perez. *ad d. tit. n.* 5. Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt ſucceſſionem ſive obtinendam ſive repudiandam. Sed de hoc genere dicemus ex profeſſo cap. ſeq.

10. Hoc autem loco intempeſtive quæritur, an non ſaltem pactio, quæ per ſe non valet, vires accipiat a jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum eſt. Et Ulpianus in *d. l.* 7. §. *& generaliter*, 16. *hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per ſe habet. Et ſane ſi conventio ideo non valet, quia natura aut turpis eſt aut iniqua, non debet a jurejurando ullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *c.* 1. *extr. de jurejur. c. inter cætera*, 2. *q.* 4. Sed diſceptationem habere poteſt, ſi lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione adjecti per ſe ſit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non univerſos, ſed ſingulos reſpiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata ſervari debeat, verbi cauſa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit ſummam quingentorum aureorum, niſi actis inſinuata ſit: non peccat tamen, qui donationes iſtas non revocat. Gall. 2. *obſ.* 39. *& ſeq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et ſiquidem hoc ſolum quæritur, an tale jusjurandum jure civili ſit efficax aut obligatorium, conſtanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare poſſe conventionem, quæ jure civili nullius momenti ſit, *l.* 5. *C. de legib. d. l.* 7. §. *& generaliter*, 16. *h. t. l. ſi quis inquilinus*, 112. §. *ult. de legat.* 1. Cæterum dicere ne conſcientiam quidem jurantis religione obſtringi ejus juramenti, quod neque iniquum per ſe nec contra bonos mores ſit, nimis grave eſt. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus ſponte præſtitis hæc vis jure canonico tributa eſt, ut ſine exceptione ſervari debeant, ſi ſervata non redundet in alterius præjudicium, nec in diſpendium vergant æternæ ſalutis, *cap.*

cum

cum contingat, 28. *ext. de jurejur. cap. quamvis*, *de pact. in 6. cap. non eſt obligatorium*, *de reg. jur. in 6.* Atque hoc in foro quoque ſeculari hodie ſervandum eſſe volunt. Coller. *de proceſſ. part. 1. cap. 10. num. 215.* Gail. 2. *obſ. 39. & ſeq.* & ibi citati.

CAPUT XIX.

De pactis circa ſucceſſiones.

1. *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus noſtris improbatæ: & quæ hujus rei ratio.*
2. *Non excipiuntur pacta de ſucceſſione mutua, niſi militum ad communem Martis aleam pergentium.*
3. *Defenditur contra communem pacta hujuſmodi natura turpia non eſſe.*
4. *Reſpondetur ad locum Papiniani in* l. 29. §. 2. de donat.
5. *Varia variarum gentium pacta circa mutuam ſucceſſionem.*
6. *Concluditur ex præcedentibus, poſſe ſtatuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujuſmodi pacta juramento confirmari.*
7. *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam ſine deſignatione certæ perſonæ valere.*
8. *Eandem pactionem non valere, ſi is, de cujus hereditate agitur, certus ſit, niſi is conſentiat, & in voluntate uſque ad extremum perſeveret.*
9. *Aliter, quam vulgo, exponitur* l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.
10. *Explicatio* §. ult. Inſt. de leg. agn. ſucceſſ.
11. *Pactis hereditatem non magis conſervari, quam dari poſſe, contra quam vulgo creditur, multis documentis oſtenditur.*
12. *Reſpondetur ad argumentum in contrarium allatum ex* leg. non aliter, 18. de adoption.
13. *Etiam pacto non ſuccedendo improbata eſſe: utut hæc minus odioſa, quam illa de ſuccedendo, & cur minus odioſa.*
14. *Quibus diſtinctionibus adhibitis reſpondendum, cum quæritur, an pactum quo ſucceſſioni renunciatur, valeat, ſi renuntians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.*

1. APUD Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis ſollicitum eſſe: ob eamque cauſam pactiones de futura ſucceſſione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occaſionem præbent, ut odioſæ ac periculoſæ, legibus civilibus merito improbatæ ſunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda: interpretes pacta de ſuccedendo affirmativa vocant: ut ecce, pactus ſum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi ſuccederem; hæc conventio inutilis eſt, *l. pactum*, 15. *C. h. t. l. 5. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. 4. C. de inut. ſtip.* in tantum ut nec pœna in contrarium promiſſa peti poſſit, *l. ſtipulatio*, 61. *de verb. obl.* Idque non unam ob cauſam conſtitutum eſt: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur; non deferuntur autem niſi teſtamento aut lege, *d. l. 5. C. de pact. conv. tam ſup. dot. l. ult. de ſuis & legit.* §. *ult. Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Deinde quia hujuſmodi pactio tollit aut conſtringit libertatem teſtandi, quod leges noſtræ averſantur, *l. 1. C. ſacroſ. eccleſ. d. l. 15. C. h. t.* Pactio enim revocari nequit, *l. 5. C. de obl. & act.* voluntas autem teſtatoris ambulatoria eſſe debet uſque ad vitæ ſupremum exitum, *l. 4. de adim. leg.* Tertio quia contra bonos mores eſſe tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant deſiderandæ & captandæ mortis alienæ, *d. l. ſtipul. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. ſtip. l. 11. C. de tranſact.*

2. Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de ſucceſſione mutua, ſic hæc quidem jure noſtro rata eſſe recte defendit Gœdd. *tr. de contr. commit. ſtip. c. 6. concl. 7. n. 82.* contra Mynſ. *obſ. 33. &* Gail. 2. *obſ. 126.* Atque hoc ſatis perſpicue elucet ex *l. licet*, 19. *C. h. t.* ubi nominatim etiam mutua hujuſmodi pacta improbantur exceptis militum ad diſcrimen prælii pergentium, ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων Baſ. *hoc t. c. 60.* in quo jus ſingulare, quod ad conſequentias trahi non oportet, *l. 14. & ſeq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem caſu pacta commilitonum περὶ ἀντικληρονομίας valent in vim pacti, ſed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ inſtitutionis, ut pro arbitrio paciſcentium revocari queant, ſicut recte docet Cyn. *in l. ult. C. h. t. n. 19.* & DD. comm. *d. l. licet*, 19. *C. eod.* add. Boer. *dec. 204. n. 14. & ſeq.* Itaque pacta illa reciproca de ſuccedendo inter conjuges facta in dotalibus inſtrumentis, quæ hodie pleriſque locis recepta, non tam ſuſtinentur auctoritate juris, quam vi conſuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam iſtiuſmodi pacta liberam teſtandi poteſtatem conſtringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria eſſe dicuntur, ob hanc cauſam nec ſtatuto nec jurejurando ea confirmari poſſe plerique tradiderunt. Borcholt. *tract. de pact. cap. 5. num. 66. & ſeqq.* Gail. 2. *obſ. 125.* Sichard. *in lib. 3. num. 3. C. de collat.* Fachin. 8. *contr. 72. & ibi alleg.* qui tamen in re vix eſt, ut iis ſimpliciter aſſentiri queam.

3. Etenim ſi ſepoſita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æſtimare velimus, non ſunt talia pacta natura turpia, ſed more civitatis Romanæ, ſive, ut Cujacius in *l. 26. de verb. obl.* ſunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe

non eſſe libertatem coercere teſtandi ex eo patet, quod multis etiam e repub. viſum eſt, nimiam teſtandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib. 5. de repub. cap. 2.* auctor eſt, ſolis Athenienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retuliſſe: Cæterarum autem gentium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, alioſque populos uti. Sed & apud gentes quaſdam nullus omnino teſtamentorum uſus fuit, ut apud Germanos teſte Tacito *de morib. Germ.* ac ne nunc quidem teſtamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ finitimis. Ut proinde liberæ iſtius facultatis teſtandi, non uſque adeo magna ratio habenda videatur, præſertim quod ad eas perſonas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo qui ob ſingularem ſapientiam Philoſophus appellatus eſt in *Nov. 19.* aperte *d. l. pactum quod, 15. C. h. t.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod ſtatuat *ἐναντία τῆς φυσικῆς παρὰ γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσομοιρίας, ἀδικίας δὲ θύραν ἀνοίγειν κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί*, &c. *contraria naturalia quæ a patribus liberis debetur, æqualitatis, patrique adverſus filium ad iniquitatem feneſtram aperiat.* Atque hanc Leonis conſtitutionem, qua abrogatur *d. l. quod pactum quod.* Gallorum moribus receptam eſſe teſtatur Cujac. in *leg. 26. de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujuſmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & conſequenter peccandi præbeant occaſionem, neque certa eſt, neque neceſſaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in ſe nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento uſufructu *l. ſi quis argentum, 35. §. ſed ſi quidem, 5. C. de donat.* nec pupillaris ſubſtitutio in iiſdem tabulis ſcripta, quibus pater ſibi heredem inſtituit, *§. ſin autem, 3. Inſt. de pupil. ſubſtit.* nec mortis cauſa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit: quæ tamen omnia jure civili permiſſa ſunt; & haud dubie ideo, quia certum & conſtans votum captandæ mortis non inducunt.

4. Non movet *l. 29. §. 2. de donat.* ubi Papinianus ſatis aperte indicat, paciſcentes de hereditate viventis adverſus bonos mores & jus gentium facere & feſtinare. Nam in hoc genus diſputationum non auctoritate, ſed ratione certandum eſt: & ſolent Juriſconſulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non ſolius populi Romani, ſed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non ſit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, ſed ad cujuſque populi indolem accommodatum ſit, ab uno populo aliis inconſultis mutari poteſt, ut multis oſtendit Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 8. & lib. 3. c. 6. & ſeqq.*

5. In Germania valent pacta, ut vocant fraternitatum de mutua ſucceſſione inter Principes, aut alias illuſtres perſonas: item pacta de unione prolium, de quibus Gail. 2. *obſ. 125. & 127.* Quibuſdam in locis etiam pactis dotalibus ſuper hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo diſponitur, ut ea diſpoſitio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat, *conſtit. Palatin. tit. 5. von teſtamenten und letſten willen.* Apud alios ita, ut tamen alter inſcio aut invito altero diſpoſitionem mutare poſſit: rata autem maneat, ſi mutata non fuerit. Sichard. *in l. 3. C. de collat.* Mynſ. 2. *obſ. 33.* Boer. *dec. 294. n. 16.* Weſemb. *conſ. 63. in fin.* Quæ autem natura turpia ſunt, & honeſtati contraria, ea ſemper & ubique turpia ſunt, ſaltem apud gentes moratiores, & bene ſecundum naturam ſe habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri ſuperſtes erit, ad ſucceſſionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, ſubſiſtit, tametſi lex patria parentem ſuperſtitem ab hereditate liberorum ſecludat. Neoſtad. *rer. judic.* 2. Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi poſſit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, ſed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis ſponſalitiis agatur, ut contrahentium ſinguli ſibi liberiſque ſuis jus ſuccedendi ab inteſtato eligant, vel novum, ſi velint, conſtituant: lege tamen caveri honeſte poteſt, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non ſatis honeſte facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem cauſam.

6. Ex quibus omnibus effici videtur, poſſe jure publico conſtitui, ut etiam pactis hereditas detur, ſi non ſimpliciter & abſolute; utique tamen multis caſibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & ſorores, cæteraſque perſonas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad ſucceſſionem venturæ ſunt. Forte & morum populi innocentia ſpectanda, in quem ob id ſiniſtra illa ſuſpicio non facile cadat. Unde Zaſius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis eſſe relinquenda, *conſil. 1. n. 38. lib. 2.* quod ſi ſtatuto, (utique quod legis vim habet) induci poteſt, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia ſervari poteſt ſine diſpendio ſalutis, per ea, quæ *cap. præced.* Bald. *in c. 1. §. moribus, ſi de feud. def. content. ſit int. dom. & agn. vaſ.* Decius *conſ. 516. n. 5. & conſ. 656. n. 12.* Cravett. *conſ. 139. n. 8.* Joann. Ramat. *in c. quamvis extr. de pact. in 6. n. 17. & ſeq.* Menoch. *conſ. 1. n. 168.* Pacti affirmativi de ſuccedendo ſpeciem faciunt & pactionem de hereditate tertii:

cæterum minus recte. Nam tali pacto agitur de ſuccedendo, neque ex eo pati aut vindicari poteſt hereditas: ſed nihil aliud eſt, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7. Et ſiquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis deſignata hereditate, veluti ſi inter duos ita coita ſit ſocietas, ut ſi qua hereditas alterutri obvenerit, ea communis ſit, placet conventionem valere, *l.* 3. §. 2. *pro ſoc.* Ratio eſt, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciſcimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus de hereditate viventis jure noſtro improbari.

8. Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus ſit, puta ſi duo paciſcantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo ſibi obventuram ſperant, talis quoque conventio inutilis eſt, eamque diſerte improbat Juſtinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores ſit, viventis hominis bona in ſortem & diviſionem vocare, atque ita quaſi mortem ejus voto & ſpe præcipere, *l. ult. C. h. t.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat ſuperior pactio, niſi is, de cujus bonis agitur, conſentiat, & in ea voluntate ad extremum uſque vitæ ſpatium perſeveret, quo caſu hujuſmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipſo inſtanti, quo fit iſta conventio, conſenſus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum ſit inſcio illo tertio, de cujus hereditate agitur, ſi tamen is certior factus poſtea conſenſerit, in eaque voluntate perſeveraverit, putat pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an poſt vel ante conſenſus intervenerit, ut nulla conſentienti injuria fieri intelligatur? Ant. Fab. *Cod. ſuo for. hoc tit. defin.* 10. diſſentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* ſed levi argumento, quod cuivis promptum ſolvere.

9. Huic autem ſententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l.* 2. §. 2. *de hæd. vel act. vend.* ubi Ulpianus ſcribit ſubſtitutum impuberis recte vendere hereditatem impuberis, & maxime ſi ea jam delata ſit. Ergo valet ea venditio, ſive jam impuberis hereditas delata ſit, ſive non ſit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Reſpondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota eſt collationis, in *d. l.* 2. §. 2. poſitam eſſe pro *utique*, quæ nota eſt *κατεγοριας* ut hic ſit ſenſus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, ſi jam delata ſit, hoc eſt, ſi impubes jam mortuus ſit. Bronch. *cent.* 1. *aſſert.* 30. Diod. Tulden. *C. de pact. n.* 6. Sed non eſt neceſſe, ut ad hanc reſponſionem confugiamus, imo falſum eſt non poſſe vendi hereditatem, niſi quæ delata ſit. Poteſt enim vendi & quæ nondum delata eſt, puta ſi vendatur pendente conditione, ſub qua venditor heres inſtitutus eſt, & in ſpecie *d. l.* 2. §. 2. ſubſtitutus eſt impuberi. Cæterum ita, dum ſit hereditas, ſi teſtator aut impubes jam mortuus ſit: nam viventis nulla eſt hereditas, *l.* 1. *de her. vend. facit l. & uni* 21. §. 4. *h. t. l.* 1. *l. cum proponas*, 16. *C. eod.* add. *c. praced.* Unde apparet vitioſam eſſe hanc collectionem, paciſci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l. ult. C. h. t.*

10. Objici ſolet & quod ſcriptum eſt in §. *ult. Inſt. de leg. ag. ſucceſſ.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi remancipatos manumittit, ex eo conſequi, ut legitimam eorum ſucceſſionem obtineat. Sed hoc non eam habet ſignificationem, quaſi pater ea lege emanciparet liberos, ut ipſis ſuccederet: ſed cum in emancipatione liberi manciparentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quandam ſervitutem *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* §. *praterea*, 6. *Inſt. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* ne in ea ſervitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id eſt ea lege, ut patri ab emptore imaginario emanciparentur, quo ipſe deinde eos manumitteret: quæ conventio ad poteſtatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quamquam ſi ex lege fiduciæ ſibi remancipatos pater manumiſiſſet, in eorum bonis jus legitimæ ſucceſſionis nanciſcebantur, *d.* §. *Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.*

11. Quidam exiſtimaverunt, etſi hereditas pactis dari non poteſt, poſſe tamen pactis conſervari, *arg. l. non aliter*, 18. *cum ſeqq. de adopt. l. quidam*, 132. *de verb. oblig. cum ſimilib.* Sichard. *in authent. non licet*, *C. de lib. præt. n.* 18. Gœdd. *de contr. ſtip. concl.* 6. *n.* 88. Bart. *in l. ult. C. h. t.* quod & ipſum tamen verum non eſſe bene poſt Bologn. *in d. l. ult. n.* 93. oſtendit Tim. Fab. *anniverſ. diſp.* 21. 1. quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneæ perſonæ datus jura ſui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit, *l. pen. C. de adopt.* §. *ſed ea omnia*, 14. *Inſt. de hæn. quæ ab int. def.* 2. quia nec filius, quem pater emancipat, retinere ſibi poteſt jus legitimæ ſucceſſionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem, *d. l. pen. C. de adopt. d.* §. *ſed ea*, 14. & §. *emancipati*, 9. *Inſt. de her. quæ ab int.* 3. Quia nemo poteſt libertatem de ſupremis judiciis conſtringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciſcendo præferre, *l. cum duobus*, 52. *idem reſpondit*, 9. *pro ſoc.* Sic in ſpecie *l. pactum quod*, 15. *C. hoc tit.* pacto non potuit pater ſervare ſucceſſionem filiæ: quemadmodum nec in caſu *d. l. quidam*, 132. verſ. *quare ſic. de verb. oblig.* ſed conventio illic propoſita non ad aliud prodeſt, quam ut pœna promiſſa, ſi contra factum ſit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, ſed confirmat hanc ſententiam.

12. Similiter non obſtat huic ſententiæ, quod adro-

Digitized by Google

adrogator impuberis tenetur cavere ſervo publico, ſe, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ea, quæ ex bonis ejus conſecutus eſt, illis, ad quos ea res pertinet, *l. non aliter*, 18. *& ſeqq. de adopt.* Nam hæc cautio non ad conſervationem juris eorum, ad quos alias res perventura eſſet, pertinet; qui & omiſſa ea idem juris haberent, *l. his verbis*, 19. §. 1. *d. tit.* ſed ad eorum ſecuritatem. Adveniente denique ea adrogati ætate, qua teſtamentum facere poſſunt, qui ſui ſunt juris, evaneſcit, §. 3. *Inſt. eod.*

13. Non tantum pactum affirmativum de ſuccedendo, verum etiam negativum de non ſuccedendo jure noſtro improbatur, puta quo quis futuræ ſucceſſioni renunciat, *l. ult. de ſuis & legit. her. l. 3. C. de collat. c. quamvis, ext. h. t. in 6.* Hoc vero pactum, cum nec libertatem teſtandi impediat, nec votum inducat captandæ mortis alienæ, longe minus odioſum eſt, quam ſuperius illud de ſuccedendo: & ideo a ſtatuto robur accipere poſſe pene extra controverſiam eſt, & jurejurando quoque confirmari Canones expreſſe voluerunt, *d. c. quamvis*. Tantum ideo improbatum eſt, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, ſed etiam amittendæ hereditatis conſtituunt, non cenſentur, *l. ult. de ſuis & legit.*

14. Quid ſi is, qui pactus eſt, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuiſſet? Adhibenda hic non una diſtinctio. Primum intereſſe puto, utrum is renuntiaverit, qui ſolummodo jus habet ſuccedendi ab inteſtato, an qui & jus querendi de inofficioſo. Deinde an ille, cujus ſucceſſioni renuntiatum eſt, teſtatus deceſſerit, an inteſtatus. Si inteſtatus, non obſtante pacto, ſuccedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur, *l. 3. C. de coll.* Si vero teſtatus, ceſſat poteſtas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians a querela excludatur. Tametſi autem hoc quidam ſimpliciter affirmant, ſi quantitas accepta exæquet portionem legitimam, *arg. l. 1. §. 3. ſi ea a par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque ſit; & præterea diſtinguendum inter jus vetus & novum. Jure veteri quod mortis cauſa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat, *l. 8. §. ſi quis mortis, 9. de inoff. teſt.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam ſi ea contemplatione donaretur, ut in quartam haberetur, *l. ſi non, 25. d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obſtat filio, *l. ſi quando, 35. §. 1. C. de inoff. teſtam.* multoque minus jure noviſſimo, quo liberi legitimam habere debent titulo inſtitutionis. *Nov. 115. c. 3.* Ad hunc ferme modum hæc explicat & Bachov. ad Treutl. *diſp. hoc titul. theſ.* 8. ubi etiam obſervandum notat, quod in ſpecie *d. l. 1. §. ſi a par. quis man.* patre non ipſo jure, ſed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficioſi, ſed bonorum poſſeſſione contra tabulas agatur.

CAPUT XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1. *In omnibus negotiis, etiamſi verborum aliqua ſit ambiguitas, primum ſpectandum eſſe, id quod actum eſt: atque ejus ſententiam inſpici, qui ſermonem protulit.*
2. *Si non apparet, quid actum ſit, id accipi debere, quod eſt veriſimilius & rei gerendæ aptius, ut quod plerumque fieri ſolet.*
3. *Si ne illud quidem appareat, in dubio ſequendum quod minus eſt, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*
4. *Pactionem obſcuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, ſtipulatori nocere: verum etiam emptori, conductori, promiſſori, ſi ipſi legem obſcuram dixerint.*
5. *Species* l. ſi mihi & Titio, 110. §. 1. de verb. oblig.
6. *Reſpondetur* ad l. in lege, 29. locat.
7. *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*
8. *Redditur diverſi hujus juris ratio.*
9. *Locus Ulpiani in* l. 5. §. ultim. de rei vend. *expoſitus.*

1. IN omnibus negotiis, etiamſi re conſtent, primum inſpicienda eſt paciſcentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum eſt, pro cauto habendum, *l. ſemper, 34. de reg. jur. l. 3. de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua ſit ambiguitas, id tamen ante omnia ſpectari oportet, quod cogitatum taciteque actum eſt, *l. ubi, 21. l. cum in teſtamento, 24. de reb. dub l. in lege, 77. de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ ſignificantur, eum ſenſiſſe credibile eſt, *l. Nepos Proculo, 125. de verb. ſign.* in quo placet ejus ſententiam & affectionem maxime ſpectari qui ſermonem protulit, *τῷ ἀορισμαμένῳ l. in ambiguis, 96. l. rapienda, 168. §. 1. de reg. jur. l. 3. de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici ſolet, unumquemque eſſe interpretem ſuorum verborum. Exempli cauſa, ſi quis triticum ſibi dari ſtipulatus ſit ſine adjectione menſuræ, hæc quidem ſtipulatio imperfecta eſt, *l. ita ſtipulatus, 115. de verb. oblig.* cæterum ſi forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum eſſe, id pro expreſſo habebitur, *l. triticum, 94. eod.* Nec obſtat *l. quidquid, 99. eod.* quoniam ille textus tunc demum

demum

mum locum habet, quando non apparet, quid actum ſit. Semper enim, etiam in ſtipulationibus, quod actum eſt, in primis attendi debet, *l. ſemper*, 34. *de reg. jur.* Aliud exemplum ſuppeditat *l. qui cum tutoribus*, 9. §. *ult. de tranſact.*

2. In dubio autem ſi non apparet, quid actum vel cogitatum ſit, commodiſſimum eſt id accipi, quod rei gerendæ eſt aptius, *l. quoties*, 67 *de reg. jur.* ſeu quo res, de qua agitur, magis valeat & in tuto ſit, quam pereat, *l.* 12. *l. ubi* 21. *de reb. dub. l. quoties*, 80. *de verb. oblig.* Omnino autem hic inſpiciendum erit, quod eſt veriſimilius, *l. in obſcuris*, 114. *de reg. jur.* Exempla habemus in *l. ſi venditor*, 38. §. 2. *act. empt. in lege*, 29. *locat.* & elegans in *l. inſula*, 13. *qui pot. in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum eſt, in dubio pro venditore Juriſconſultus interpretatur; quoniam ex conjecturis veriſimile eſt id in ſpecie illic propoſita inter contrahentes actum eſſe; ut jus pignorum ob penſionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni penſio ex obligatione principali, quam pignus ſequitur, accederet. Stipulatus eſt aliquis intra certum tempus Carthagini ſibi dari, cum duæ ſint Carthagines, verborum eſt ambiguitas. Cæterum etſi promiſſor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non poteſt, ſtipulator autem de altera, ſtipulatoris potius accipietur ſententia, & quoniam rei gerendæ aptior eſt: & alioqui res contracta tuto in loco eſſe non poteſt, *l. ubi*, 21. *de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac ſpecie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæſitum eſſet, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligaſſe videatur, Scævola reſpondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa ſunt, pignori obligata eſſe videri, *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuiſſe veriſimile eſt. Sequemur autem in hujuſmodi negotiis id quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γινόμενον Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 15. §. 15. quod plerumque fieri ſolet; *l. ſemper*, 34. *l. in obſcuris*, 144. *de reg. jur.* Exempla in *l. quod ſi nolit*, 31. §. *quia aſſidua*, 20. *de ædil. edict. l. quæ conditio*, 30. §. 1. *de cond. & dem. l. ſi pactum*, 9. *de probat.*

3. Quod ſi ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulp. in *l.* 9. *de reg. jur.* atque in dubio ſequemur, quod minus eſt. Idque non in conventionibus tantum & contractibus obſervatur, *l. inter*, 83. §. 3. *l. quidquid* 99. *de verb. obl. l. ult. de præt. ſtipul.* verum etiam in aliis cauſis, puta in irrogatione Pœnarum, *l. ſi præſes*, 32. *l. interpretatione*, 42. *de pœn.* in diverſis judicum ſententiis, *l. inter pares*, 38. §. 1. *de re jud. l. diem proferre*, 27. §. 3. *de rec. arbitr.* in teſtamentis, *l. cum ſervus*, 39. §. *ſcio*, 6. *de legat.* 1. *l. Sempronius* 47. *de legat.* 2. *l. qui concubinam*, 29. §. 1. *l. nummis* 75. *eod.* 3. Ex ejuſdem regulæ ratione eſt, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obſcura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4. Et Papinianus quidem reſpondit, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere; utpote in quorum poteſtate fuerit, legem apertius conſcribere, *l. veteribus*, 39. *h. t.* ut & Paulus *l. in contrahenda*, 172. *de reg. jur.* Et Celſus, cum quæritur in ſtipulatione quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe ait; quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere, *l. quidquid*, 99. *de verb. obl. l. cum quæritur*, 26. *de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib.* 11. Baſil. & apud Harmen. *lib.* 1. *tit.* 15. conveniunt; ἐν τοῖς ἀμφιβόλοις λέγει ἑρμηνεύειν κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ὁμολογήσαντος, item, τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου ἢ τοῦ μισθωσαντός ἐστι. Cæterum id ipſum quoque & in emptore & conductore, & promiſſore ſimiliter admitti debet, ſi & ipſi legem obſcuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum ſit. Etenim vel ipſa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium ſibi imputare ſuæque imprudentiæ expenſum ferre debere; quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appoſitum ſecundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minuſque aperte locutus fuerat, interpretatur in ſpecie, *l. ſi in emptione*, 34. *pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehenſum*, 60. *eod.* Sed & Celſus in *d. l. quidquid*, 99. *de verb. obl.* poſtquam de ſtipulatore verba fecit, ſtatim ſubjicit, de promiſſore in eamdem ſententiam, *Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit, de certis potius vaſis forte aut hominibus actum eſſe*, quod valde circa hanc quæſtionem conſiderandum arbitror; quoniam autem plerumque a venditore, locatore, ſtipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde eſt, quod contra eos pactionem obſcuram vel ambiguam exponi auctores noſtri tradiderunt.

5. Quod ſi quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. ſi mihi & Titio*, 113. *de verb. oblig.* reſpondeat, non quid ſenſerit promiſſor, æſtimari debere, ſed ſtipulantis mentem ſpectandam eſſe. Dicam id ea ratione fieri, quia in caſu illic propoſito mens ſtipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipſo loquendi uſu, a quo mens promiſſoris aliena ſit. Denique non eſſe ibi orationem ambiguam, nec tam contra promiſſorem ex mente ſtipulantis, quam ex re ipſa fieri æſtimationem.

6. Similiter non obſtat reſponſum Alfeni in *l. in lege*, 29. *locat.* Nam in dubio ſemper prius inſpiciendum, quod veriſimile eſt inter contrahentes

Digitized by Google

hentes actum eſſe, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluiſſe. Quod ſi quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus a locatore appoſitis ambiguitatem ineſſe: verum ea cum aut late aut ſtricte ſumi poſſint, late potius ac generaliter accipienda eſſe Juriſconſultus ait; nempe ne ſuperfluo adjecta pacto videatur illa clauſula, *neve finito*: cum etſi ea adjecta non eſſet, conductor ſylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, ſi quem urentem, cædentem, &c. deprehendens, non prohibuiſſet, ut notum eſt, ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent.* 2. *qu.* 7. Hæc autem ita obſervantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio eſt, quid ſenſerint, quid egerint paciſcentes aut contrahentes.

7. In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet: quippe in quibus, ſi quæratur, quid actum ſit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum eſt: ambigua autem intentio ita accipienda eſt, ut res ſalva actori ſit, *l. in contrahenda*, 172. *de reg. jur.* Cujus regulæ partem poſteriorem Harmenopulus *ubi ſupra* ſic interpretatur, *ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει*. Id eſt, *ambigua vero actio rem actoris non lædit*. In eandem ſententiam Ulpianus *l. ſi quis*, 66. *de judic.* *ſi quis*, inquit, *intentione ambigua vel oratione uſus ſit, id quod utilius ei eſt, accipiendum eſt*, quod a Græcis in *Baſilic.* ita redditum, *ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ καὶ ἀφώνησις ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται*. Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, ſed etiam emendare, & mutare quoque actori libeat, *l. 3. C. de edend.*

8. Finge igitur Stichum judicio petitum eſſe, cum ejuſdem nominis plures ſervi eſſent apud debitorem: is petitus videbitur, de quo actor ſenſerit. At ſi Stichum ſtipulatus de alio cenſeam, tu de alio, nihil actum videri poterit, *l. inter ſtipulantem*, 83. §. 2. *de verb. obl.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc eſſe rationem ſcribit, quod ſtipulatio ex utriuſque conſenſu valet: judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum eſſe: alioquin ſemper negaturum reum ſe conſenſiſſe. Nimirum cum nulla ſine conſenſu utriuſque obligatio ex contractu oriri queat, *l. 1. §. 3. h. t. l. in omnibus*, 55. *de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum eſt, ſi error aut diſſenſus eorum, qui contrahunt, intervenerit in rei, de qua agitur corpore, *l. in venditionib. 9. de contr. empt. l. continuus*, 137. *pr. de verb. obl. §. ſi de alia*, 22. *Inſt. de inut. ſtip.* Judicium vero propter diſſenſum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriuſque conſenſus non requiritur, ſed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione uſus eſt, ſenſiſſe, quod ei utilius eſt, non quod ſenſerit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occaſio, ſeu, ut Græci, *ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσαφὲς ἀπομείνῃ*, *ne judicium incertum & confuſum reddatur*, nempe tergiverſatione rei. Pertinet huc locus Demoſthenis orat. *κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α'* ubi judices alloquens, juraſſe eos ait, ſe judicaturos non de iis, quæ reus vellet, ſed de iis, de quibus actio eſſet inſtituta: hanc autem neceſſe eſſe actoris dictione declarari, *τῇ τοῦ διώκοντος λέξει δηλοῦσθαι*.

9. Non eſt contrarium, quod apud Ulpian. *l. 5. §. ult. de rei vend.* Ex Pomponio relatum eſt, ſi plures ſint ejuſdem nominis ſervi, puta plures Erotes; nec appareat de quo actum ſit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor ſenſerit. At cum id ſaltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos dicimus, procedit, & quod utilius eſt actori, qui ambigue locutus eſt, ſequitur. Hæc paulo uberius, quam vulgo ſolet, expoſui, ut res tota perfecte cognoſceretur.

CAPUT XXI.

De effectu & poteſtate pactorum.

1. *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2. *Naturalem obligationem ex pacto natam, niſi perſonæ qualitas obſtet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta ſola actione.*
3. *Ad agendum & petendum efficacem non eſſe, niſi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei ſtatim appoſitum ſit, aut placito ſtipulatio interceſſerit.*
4. *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipſo jure tolli.*
5. *Enodatio*, l. ſi unus, 27. §. 2. hoc tit.
6. L. qui ſervum, 34. §. 1. de oblig. & act. *explicatur.*
7. *Nuda conventione rebus integris ipſo jure diſſolvi & obligationes omnes nudi conſenſus.*
8. *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam: nec obſtare* l. 17. §. 2. hoc tit.
9. *Cæteras obligationes pacto convento non tolli ipſo jure, ſed ope exceptionis, aut pacti, aut ſubſidiariæ doli.*
10. *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt in continenti contractus facta, prodeſſe reo ipſo jure.*

DE vi & effectu pactorum, qua voce ſimpliciter prolata paſſim in jure noſtro nuda ſignificatur, multa jam ante a nobis dicta ſunt, & dici neceſſe fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

Digitized by Google

1. Eorum pactorum, quæ ad obligandum comparata ſunt, hic effectus eſt, ut obligationem naturalem producant, *l. 5. §. 2. de ſolut. l. 3. l. 4. C. de uſur.* Nihil enim tam congruum eſt fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, ſervare, *l. 1. pr. h. t.* unde Paulus *l. cum amplius, 84. §. 1. de reg. jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, ejus fidem ſecuti ſumus.

2. Atque hæc naturalis obligatio, niſi perſonæ obſtet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, ſi unam dempſeris actionem, quam naturalis & civilis ſimul. Ut ecce, poteſt hoc naturale debitum cum alio quovis compenſari, *l. 6. de compenſ.* non datur ejus licet per errorem ſoluti repetitio, *l. naturaliter, 13. l. ſi pœna, 19. de cond. ind. l. 7. de fidejuſſ. l. naturales, 10. de obl. & act.* Poteſt conſtitui & novari, *l. 1. §. pen. de pecun. conſtit. l. 1. in fin. de novat.* Poteſt & pignus & fidejuſſor iſtic obligationi accedere, *l. 5. l. 14. §. 1. de pign. l. naturaliter, 13. de cond. ind. §. 1. Inſt. de fidejuſſ. l. 6. l. 7. ff. eod.* & quamvis citra vinculum ſtipulationis uſuræ fœnebris pecuniæ peti non poſſint, *l. 3. C. de uſur.* tamen pacto promiſſæ ſervari poſſunt per retentionem pignoris pro ſorte & uſuris obligati, *l. 4. l. pignoribus, 22. C. d. tit.*

3. Cæterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum ſit efficax, jure noſtro ex pacto non naſcitur, niſi ſpecialiter lege ſenatuſve conſulto, aut a prætore confirmatum ſit, *l. 6. l. 17. §. 2. h. t.* aut contractui bonæ fidei in continenti appoſitum, eo quod hujuſmodi pacta pars ſint & lacinia atque lex ipſius contractus, ſine quibus contractus initus non fuiſſet, *l. 7. §. quinimo, 5. eod. l. in bonæ, 13. C. eod. l. 1. §. ſi convenit, 6. depoſ. l. contractus, 23. de reg. jur. l. 5. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abeſt, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamſi certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in poſterum actio competat, niſi placitis ſtipulatio interceſſerit, ut reſcriptum ab Impp. *l. ſi certis, 28. C. h. t.* Plane enim ſi placiti ſervandi cauſa ſtipulatio interpoſita fuerit, dubium non eſt, quin ex ſtipulatione agi poſſit, *l. ſi pacta, 14. l. petens, 27. C. eod.* Quod ſi ad pactum acceſſerit & alia cauſa, puta ſi præterea ab uno quid datum aut factum ſit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum ſibi ita obſtrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: ſed jam illa conventio non amplius nuda cenſetur, *l. 7. §. 2. l. diviſionis, 45. l. in traditionib. 48. h. t. l. debitori, 7. & ſeq. l. legem, 10. l. cum proponas, 21. C. eod.* Neque enim nudum pactum eſt, quoties certa lege aliquid datum aut factum eſſe probatur, *l. 8. in fin. l. ſolent, 15. de præſcript. verb.* Sed de his ſatis dictum eſt ſupra *capp. 5. 6. & 7.* ubi item notatum eſt, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo ſerio, quam jure Romanorum ex ſtipulatione, actionem datam fuiſſe; quod & jure Canonico diſerte cautum ſit, *c. 1. & 3. ext. h. t.* & diſciplina horum temporum ſequatur.

4. Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipſo jure tollit, *l. Stichum, §. naturalis, 4. de ſol.* Eſtque hoc conſentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale, 35. de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventione, ſed alia ex cauſa obligatio naturalis profecta eſt: quoniam vinculum æquitatis, quo ſolo ſuſtinetur, conventionis æquitate diſſolvitur, ut diſputat Papin. *d. l. Stichum, §. 4. de ſol.*

5. Non adverſatur huic ſententiæ, quod Paulus *l. ſi unus, 27. §. 2. h. t.* reſpondet, prius pactum non elidi per poſterius ipſo jure, ſed opus eſſe replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, ſed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæſita erat, per poſterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & ſtatus obligationis, actionique vis priſtina reſtituatur. Quod obligatio naturalis ipſo jure per pactum tollitur, ei conſequens videri poterat, etiam pacti hanc eſſe vim, ut ipſo jure obligationem priorem reponat in priſtinum ſtatum, perinde ac ſi pactum prius interpoſitum non fuiſſet. Cæterum hoc minime ſequitur: nam cum non obſtante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipſo jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæſita, poſteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non poſſit. Atque hoc ſignificat Juriſconſultus in *d. l. ſi unus, 27. §. 2. h. t.* cum ait in pactis factum verſari. Ait prius pactum per poſterius ope replicationis elidi, non ipſo jure, ſicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt; addita hac ratione, quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factum verſatur. Id eſt, ut ego interpretor, quia ſtipulationes ipſo jure vim ſuam exercent, eo quod his ineſt auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent; & ſine jure ex ſolo conventu ſervantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad alienandam exceptionem jure honorario firmam. Hinc eſt, quod quidem etiam pacta nobis proſint ad liberationem ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conteſtatio & defenſio, cum in facto rei poſita ſit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem verſari: eademque hic receptionis & replicationis ratio eſt. In ſtipulationibus autem jus continetur, id eſt, per ſtipulationem novantem, per ſtipulationem Aquilianam, eamque ſecutam accipilationem hoc aſſequimur, ut ipſo jure liberemur, non facto aliquo noſtro, id eſt, non de-

ſen-

Digitized by Google

feuſionis conteſtatione, aut ſtipulationis exceptione & objectione.

6. Atque huc pertinet, quod idem Juriſconſultus in *l. qui ſervum*, 34. §. 1. *de obl. & act.* ſcribit, eum qui rem ſibi commodatam ſurripuerit, teneri quidem & commodari actione & condictione, ſed alteram actionem per alteram perimi aut ipſo jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipſo jure liberatus eſt, poſſe eum tuto negare, ſe debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, abſolvi debere, ſi ex priſtina actione ſolviſſe ſe quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare ſe teneri: ſed cum hoc confeſſus fuerit, ejus quod præceſſerit, exceptionem opponere poſſe, per quam conſequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit, facere eſt tutius: quia ſcilicet dubitari poſſit, an eo modo prior actio ſublata ſit ipſo jure, add. Cujac. Buſ. & Ant. Fab. *ad d. l. ſi unus*, 27. §. 2. *h. t.* Donell. *ad l. 5. C. eod.* Borcolt. *de pact. c. ult. num.* 58. *& ſeqq.* Bachov. *ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7. Præterea ipſo jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes quæ nudo conſenſu contractæ, dummodo rebus integris a contractu abeatur, *l. 7. § adeo, 6. l. ab emptione*, 58. *h. t. l. 3. l. 5. §. 1. de reſc. vend. l. 1. l. 2. C. l. quand. lit. ab empt. diſcedere*, in quo & ipſo regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres ſecuti ſunt, *l. nihil tam naturale*, 35. *de reg. jur. l. prout*, 80. *de ſolut.* Nam etſi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc eſt, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipſo jure tolli non poſſe: tamen quia obligatio iſta mero & nudo conſenſu conſtat, totaque eſt in jure gentium, nihil habens a jure civili præter generalem quamdam approbationem, quod extrinſecum quid eſt, & accidentarium, ideo ſublato hoc conſenſu per pactum ſive voluntatem contrariam, tota obligationis ſubſtantia evaneſcit, ut nihil amplius ſuperſit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla ſupereſſe obligatio intelligitur, ſi res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8. Et ſecundum hæc recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quæ jure prætorio nuda conventione conſtituitur, *l. 1. de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipſo jure diſſolvi: licet obſtare videatur, quod a Paulo traditur *l. ſi tibi*, 17. §. 1. *h. t.* de pignore ex pacto jure honorario actionem naſci: tolli autem per exceptionem, quoties paciſcor, ne petam. Nam bene a Neguſantio *tr. de pign. p. 6. membr. 3. n. 3.* & a Bachovio *l. 5. de pign. c. 6.* obſervatum eſt, loqui Juriſconſultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad diſſolutionem pignoris.

9. Cæteræ obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipſo jure, ſed ope exceptionis tolluntur, ut paſſim *h. t.* & alibi, inter quæ quid interſit, ex iis, quæ modo dicta ſunt, intelligi poteſt. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, ſicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo fecit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi poteſt, petit, *l. 2. §. item quæritur*, 4. *& §. ſeq. de dol. mal. exc.* Sed & quotieſcunque pacti exceptio dari non poteſt, forte quia perſonæ, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quæri non potuit, aut perſona ejus pacto comprehenſa non eſt, toties ad exceptionem doli ſubſidiariam confugimus.

10. Quæ pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea ſi in continenti facta ſint, non tantum contractibus bonæ fidei, verum etiam ſtipulationi inſunt, ipſoque jure reo proſunt ad liberationem, *l. ſi ſtella* 40. *de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum paciſci permiſit: quam ob cauſam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipſo jure tolluntur, *l. ſi tibi*, 17. §. 1. junct. *l. 6. l. 7. §. ſi paciſcar*, 14. *h. t.* Nihil autem horum eſt, quin propriis quoque locis ante explicatum ſit, & quidem copioſius.

TRA-

TRACTATUS
DE JURISDICTIONE ET IMPERIO
ACADEMICO-FORENSIS.

Ampliſſimis, Graviſſimis, Spectatiſſimis V. V.

D. D. CONSULIBUS REIPUBLICÆ LEIDENSIS.

NULLIUS rei cognitio, Viri Ampliſſimi, ad intelligentiam juris civilis Romanorum æque neceſſaria eſt, atque hujus, quod tractandum ſuſcepimus, argumenti de Juriſdictione & Imperio; nec quenquam repertum iri credo, qui ad inficiaturus ſit. Cæterum cum tot in hoc argumentum extent cum veterum interpretum, cum recentiorum commentarii, inanis omnis labor, & ſupervacuum videri poterit, quod porro in eo tractando ſtudium ponitur. Atque hujus quidem etiam rei contemplatio diu me ſuſpenſum tenuit, & tantum non a præſenti ſcriptione deterruit: Verum enimvero cum & veteres interpretes parum in hoc genere viderint, aut potius nihil (quod ſæculi vitio antiqui moris & memoriæ ignari adſcribendum eſt) & recentiores, dum veterum errores taxant, ubi ſuam promunt ſententiam, in alios non minus graves ſæpe incidant; & denique cum etiam a viris magni nominis non pauca hic tam obſcure & perplexe tradita ſint, ut ad mentem eorum intelligendam OEdipo conjectore pœna ſit opus, non inutilem omnino fore ratus ſum eam operam, quam quis in reſumenda hujus argumenti tractatione collocaret, dummodo poſſit apertius ac dilucidius, quam hactenus factum eſt, rem totam explanare. Cum itaque repetita nuper ab initio Pandectarum interpretatione mox id ipſum argumentum publice ſe nobis explicandum obtuliſſet, tentare volui, poſſemne ea, quæ ad cognitionem rei tam neceſſariæ pertinent, claro ac luculenter auditoribus meis proponere, atque ita, ut etiam obtuſiorum auribus hauriri, animiſque percipi poſſent. Quod cum haud male, quantum intelligere potui, proceſſiſſet, eventu conatui noſtro reſpondente, ut aliis quoque prodeſſem, & quod ſemper ſtudui, quam plurimis, ea, quæ viva voce in non contemnenda auditorum frequentia expoſueram, publici juris feci. Potui, & ſine magno negotio, prolixiorem ſcribere commentarium, ſed nihil opus fuit, meliuſque me conſulturum utilitati ſtudioſæ legum juventutis arbitratus ſum, dum ea modo diligenter perſequerer, ſine quorum cognitione fruſtra in hac materia laboretur, & quibus cognitis cætera omnia per ſe aperta & plana futura ſint. Haſce ego ſecundarum mearum curarum primitias vobis, Ampliſſ. Viri, hic offero conſecroque. Cauſam, cur offeram, non addo, quod plerique neſcio quibus coloribus acceſſitis facere ſolent, certus hoc munuſculum noſtrum, ut ut leviculum, gratum vobis acceptumque fore. Faciat Deus Opt. Max. ut florentiſſima veſtra urbs florentior in dies evadat, in eaque optimarum artium ſtudia magis magiſque excitentur, atque incrementum capiant. Dabam Lugduni Batavorum pridie Kalend. Novembris 1644.

VV. AA.

Obſervantiſſimus
ARNOLDUS VINNIUS.

TRA-

TRACTATUS DE JURISDICTIONE ET IMPERIO.

CAPUT PRIMUM.

De imperio mero.

SUMMARIUM.

1. *Partitionem Juriſdictionis in civilem & criminalem a Romani juris uſu alienam videri.*
2. *Docendi tamen gratia tolerari poſſe.*
3. *Cur poteſtas cognoſcendi de cauſis ſola nomen juriſdictionis habeat.*
4. *Merum imperium cur ſic dictum.*
5. *Quid ſit merum imperium, & quibus in rebus conſiſtat.*
6. *An condemnatio ad perpetuos carceres ſit meri imperii.*
7. *Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoque animalia extendatur.*
8. *Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.*
9. *Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.*

SCRIPTURUS de juriſdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis neceſſaria eſt, non putavi opere pretium rem a primordiis urbis ipſaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortaſſis etiam tædium pareret legentibus: ſed ſatis abundeque deſiderio ſtudioſorum me facturum eſſe dixi, quamvis intra ſepta juris Juſtinianei me contineam, dummodo ſubinde, ubi opus erat tranſiliam, id eſt ubi rei, de qua agetur, explicatio erit arceſſenda e longinquiori.

1. Interpretes noſtri appellatione juriſdictionis in genere ſumptæ, etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque juriſdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbare in baſſam & altam, quæ poſterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In conſuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & baſſe juriſdiction*, *hooge ende laege Juriſdictie*, quarum prior Belgice etiam *Halsheerlijkheyt* dicitur. Cæterum hoc a Romani juris uſu alienum eſſe reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut ſpecies oppoſita, expreſſum a juriſdictione ſeparatur, cui contra cohærere & ineſſe dicitur imperium mixtum *l.* 1. *§.* 1. *ff. de off. ejus cui mandat. l.* 3. *ff. h. t. de juriſdict.* Marcus quoque Tullius in *orat. pro L. Muræn.* poteſtatem juris dicendi diſerte opponit quæſtioni, hoc eſt, mero imperio, ut explicat Carol. Sigonius *de antiq. jur. provinc. c.* 7. Nihil juvat interpretes, quod Papinianus in *d. l.* 1. *pr. de off. ejus, &c.* ſcribit, errare magiſtratus, qui cum publici Judicii habeant exercitionem, juriſdictionem ſuam mandant: nam ut patet ex §. 1. *dict. leg.* 1. illud tantum verbis iſtis ſignificare juriſconſultus voluit, errare magiſtratus, qui putant mandata juriſdictione, imperium quoque merum quod præter juriſdictionem habent, tranſire. Sed nec illud interpretum ſententiæ patrocinatur, quod apud Ulpianum *l.* 7. *§. ult. de off. proconſ.* ſcriptum eſt, proconſulem habere pleniſſimam juriſdictionem, etſi enim proconſul merum quoque imperium in provincia habuit: tamen falſo exiſtimant Ulpianum appellatione pleniſſimæ juriſdictionis intellexiſſe etiam merum imperium. Ar proconſulem habuiſſe pleniſſimam juriſdictionem, nempe in cauſis civilibus: ſic enim loquitur Juriſconſultus, reſpiciens ad magiſtratus urbanos, qui plenam juriſdictionem non habebant. Quippe Romæ juriſdictio in multos magiſtratus diffuſa fuit *l.* 2. *§. ergo*, 34. *de orig. jur.* quorum omnium partibus proconſul in provincia fungebatur, ſalva magiſtratibus inferioribus ſua in municipiis juriſdictione; nec ordinariorum tantum, ſed etiam extraordinariorum, id eſt, qui de certis cauſis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo numero erant, præfectus vigilum, & præfectus annonæ, *d. l.* 2. *& hæc omnia*, 33. *de orig. jur. l.* 3. *§.* 1. *de off. pr. vig.* & ita Juriſconſultus hoc ipſe explicat.

2. Equidem non inficior, ſi vim verbi ſpectemus, poteſtatem cognoſcendi & judicandi de cauſis criminalibus juriſdictionem appellari poſſe, cum in confeſſo ſit etiam de his jus dici. Pomponius *l.* 2. *§. & quia*, 23. *de orig. jur. De capite civis Romani injuſſu populi non erat lege permiſſum conſulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæſarem de repetundis, Auguſtum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixiſſe. Ac proinde docendi cauſa communem illam Doctorum diſtributionem tolerari poſſe, ut verba accipiantur eodem ſenſu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Cæterum in multis non idem ſem-

ſemper verborum & verbalium uſus eſt; exempli cauſa, verba paciſci, tranſigere, agere, conferre, &c. latiorem habere ſignificationem conſtat, quam verbalia, pactum, tranſactio, actio, collatio; & præſtat nos ſequi uſum auctorum juris.

3. Cur autem poteſtas de cauſis civilibus cognoſcendi ſola nomen juriſdictionis acceperit, ejus rei hanc eſſe rationem arbitror, quod olim magiſtratus urbani, penes quos dicebatur eſſe juriſdictio, tantum de cauſis civilibus cognoſcebant, poteſtatem autem cognoſcendi de criminibus, præſertim de capite civis Romani, populus ſibi reſervabat, eamque vel exercebat ipſe, vel aliis exercendam in cauſis ſingulis mandabat: de quo fuſius dicemus paulo poſt.

4. Separemus itaque primum a juriſdictione imperium: quod dicitur merum, & interdum κατ' ἐξοχὴν abſolute poteſtas, *l. 3. h. t.* Merum imperium ſic dici exiſtimo cum Goveano in *d. l. 3. n.* 10. Donell. *lib.* 17. *comm.* 8. Duar. 1. *diſp.* 53. quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens; oppoſitive nimirum ad imperium, quod noſtri mixtum, & non merum appellant; quod ſcil. juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt. *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de offic. ejus &c. d. l. 3. h. t.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum eſt, & ſolum, ut in vino, quod aqua non eſt dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus, *l. Bona*, 31. *pr. depoſ.* merum prætoris officium, id eſt, ſolum, *l. 5. de verb. obl.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque, *l. cum ſervus*, 82. *verſ. ſed nos neque, de cond. & dem.* mera donatio, *l. Aquilius*, 27. *de donat.* id eſt, pura & ſimplex, & ſimilia.

5. Merum imperium ſic a parte digniore deſcribit Ulpianus *d. l. 3.* ut ſit habere gladii poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos: nimirum ſub poteſtate gladii, ut tum temporis fere ſolo gladio vita adimebatur, *l. 8. §. 1. ff. de pœn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod ſi huic deſcriptioni addideris vel alterius cujuſque gravioris coercitionis, ex *l. nemo poteſt*, 70. *de reg. jur. l. 6. pr. ff. de offic. proconſ.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint ſummove afficiendi ſupplicio, ſive tollendi e numero civium metalli coercitione, deportatione, exillo, ſive relegandi, fuſtigandive: unde etiam tot gradus meri imperii recte ſtatuuntur, quot pœnarum in *l. capitalium*, 28. *ff. de pœn.* Zaſ. *ad d. l. 3. n. 25. & ſeqq. h. t.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coercitionum plane excludendæ, per *l. 4. ff. de interd. & releg.* add. Pet. Fab. *in l. nemo*, 70. *de reg. jur.* Coraſ. 3. *miſcell.* 17. Angel. Coſtal. Govean. Duar. *in d. l. 3.*

6. de condemnatione ad perpetuos carceres quæſitum eſt, an & illa meri ſit imperii. Reſpondeo, jure civili Romanorum hæc quæſtio ſupervacua eſt: quia hoc jure carcer cuſtodiæ, non pœnæ cauſa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur, *l. 8. §. ſolent*, 9. *ff. de pœn.* licet cuſtodia illa interdum verbo pœnæ ſignificetur, ut in *l. 3. de cuſt. reor.* Imo expreſſe vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres, *l. mandatis*, 35. *ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni ſequuntur, id permiſſum eſt, *cap. 12. de hær. in 6. c. 3. de pœn. in 6.* hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima eſt ultimo ſupplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum eſt, ſpeciemque eſſe gravioris coercitionis, add. Damhoud. *prax. crim. c. 6.*

7. Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur: non tamen principaliter & directe, ſed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam. *Levit.* 20. *c. mulier. cauſ. 15. q. 1.* & materialiter ratione ipſius facti, non formaliter; quoniam in beſtias proprie nec delictum cadit. Quo pertinet, quod lex Divina *Exod.* 21. bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis fit, ne oculos hominum offendat conſpectus iſtius beſtiæ, quam ſit pœna. Jo: Selden. *de jur. nat. & gent. lib. 1. c. 4.* & denique in pœnam hominis, ut cum beſtiæ cum parricidis culeo inſuuntur: quod tamen beſtiarum reſpectu vere pœna non eſt, ſed uſus tantum dominii humani in beſtias. Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 21. n. 11.*

8. Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto. Bart. & DD. *in l. ult. ff. de ſepulc. viol. & tit. de cadav. punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Cæterum ſecundum jus ſcriptum hic ita diſtinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata eſt in reo, aut non eſt: priore caſu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo ſupplicio affecti ſunt, cadavera non ſepeliuntur, niſi & petitum & permiſſum fuerit, *l. 1. ff. de cadav. punit.* nec eorum, qui in inſulam deportati ſunt, cadavera licet inde transferre, *l. 2. d. t.* Poſteriore caſu crimina morte extinguuntur. *l. 3. l. 6. de publ. jud. l. ult. ff. ad leg. Jul. majeſt. l. ex judiciorum*, 20. *ff. de accuſ.* Itaque hic pœna criminis poſt mortem rei inchoari nequit. Excipiuntur judicia majeſtatis & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum eſt, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fiſco vindicentur, *d. l. 20. de accuſ. d. l. ult. ad l. Jul. maj. l. ult. C. eod.* Et ex hac igitur cauſa etiam cadavera mortuorum ignominia affici poſſunt. Ratio eſt, quia cum pœnæ irrogandæ duplex ſit cauſa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior ceſſet, altera tamen hic locum habet, quæ

exemplo utilis. In praxi autem etiam ad alia atrocia ſcelera hoc tractum eſt. Gomeſ. 3. reſ. n. 78. & 79. Clar. l. 5. §. fin. q. 51. n. 15. Farinac. var. q. 10. n. 77. & ſeqq. cum ibid. allegat.

9. Illud notandum eſt, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, ſed etiam jus de cauſis criminalibus cognoſcendi & judicandi, perperamque hac a nonnullis ſeparari, ut perſpicue apparet ex *l. 6. pr. de offic. proconſ.* ubi Juriſconſultus ait cuſtodiarum audiendarum mandatum eſſe extraordinarium; neminem enim poſſe gladii poteſtatem ſibi datam ad alium transferre. Et illi ipſi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coercendi datum, præſides nimirum, proconſules, præfectus urbi, præfecti prætorio: ac proculdubio Ulpianus in *l. 3. h. t.* ſub poteſtate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem a proconſule legatis mandabatur, ut cauſas etiam criminales (quod de levioribus accipio) audirent, & reos præauditos ad ſe remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem poſtea cœpit eſſe juris ordinarii, ſed ex ſpeciali conceſſione. Conſtantini *l. un. C. de offic. proconſ.* Nec obſtat exemplum cauſarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tanquam nuda notio, ſeparata eſt ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet, quaſi & in criminalibus cauſis cognitio, tanquam notio quædam criminalis ſeparanda ſit ab executione, quæ ſola ſit meri imperii. Nam in cauſis civilibus imperium mixtum venit acceſſorie, atque extrinſecus aſſumitur propter contumaces & nec obedientes ſententiæ judicis: quippe in his cauſis juriſdictio tota poſita eſt in cognitione & ſententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum eſt, *l. ult. §. 1. de offic. ejus cui &c.* Criminalium vero cauſarum longe alia ratio eſt; utpote quæ ſola ſententiæ dictione terminari non poſſunt, nec crimina ſine executione coerceri; unde tota criminalium cauſarum tractatio nomen ſibi aſſumpſit meri imperii.

CAPUT II.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SUMMARIUM.

1. *Merum imperium qui olim habuerint ante & poſt quæſtiones perpetuas conſtitutas.*
2. *Ordinem judicum in decurias deſcriptorum diſcretum fuiſſe a conſilio centumvirali.*
3. *Prætorem non eſſe eundem, qui judex quæſtionis.*
4. *Qui poſt Principem conſtitutum merum imperium habuerint, & num. 5. ubi quædam notabilia de præfectura urbana.*
6. *Non omnes, qui merum imperium habent, poſſe quaſvis pœnas irrogare.*
7. *Officium & poteſtas præfecti prætorio ut tempore variaverit.*
8. *Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.*

HOC cognito, quid ſit merum imperium, & quibus in rebus conſiſtat, tria adhuc potiſſimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari poſſit; & poſtremo, ſoline ei, qui ſummam in republica poteſtatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum.

1. Olim nulli magiſtratui in urbe jus erat arbitrio ſuo in civem Romanum animadvertendi, ſed populus hoc jus ſibi reſervarat, & ut quæque inciderent crimina ita, de iis aut ipſe cognoſcebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando a Senatu factum legimus. Liv. *lib.* 39. At poſt quæſtiones perpetuas conſtitutas, quod factum eſſe Cenſorino & Manilio Coſſ. ait Cicero in *Brut.* anno ab urbe condita 605. ſeptuaginta annis antequam Sylla tyrannidem Romæ exerceret, prætores ordinarii creati ſunt, qui cum quæſitore & judicibus ex ordine equeſtri & ſenatorio ſelectis de cauſis criminalibus cognoſcerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum eſſe, ut de repetundis, ambitu, majeſtate, peculatu. Nam propterea quæſtiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege præſcripta quædam forma perpetua judicii de his rebus exercendi, ut nova ſemper lege opus non eſſet; tum quod annuam provinciam de his quæſtionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri ſolebat, cum ita caſus tuliſſet, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret, ſtatimque hoc abſoluto judicio poteſtatem de eadem re quærendi non haberet. Quod ſi tum quoque aliquid accidiſſet, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæſtor parricidii, ſicut lege Pompeja extra ordinem populi ſuffragio creatus eſt quæſtor L. Domitius Ahenobarbus, qui de vi, cujus Milo poſtulabatur, quæreret.

2. Ordo autem ille judicum in decurias deſcriptorum, cujus modo facta mentio, diſcretus erat a conſilio centumvirali. Nam centumviralia judicia non publica, ſed privata erant, ut conſtat ex enumeratione cauſarum centumviralium apud Ciceronem *in Brut.* Scævola, *l. Titia 13. de inoff. teſt.* querelam inofficioſi teſtamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hæred.* petitionem hæreditatis centumvirale juicium vocat.

At

Digitized by Google

At apud ſelectos illos judices tantum quæſtiones publicæ, id eſt, cauſæ publicorum judiciorum agitabantur: idque non in baſilica, ubi centumviri judicabant, ſed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogeret, eorumque ſortitionem & ſubſortitionem faceret ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: reliqua, quæ ad cauſæ cognitionem pertinebant, abſolvebat judex quæſtionis ſorte a prætore ex numero judicum creatus, qua cognita judices ſententiam ferebant. Judex quæſtionis Ciceroni quæſitor, Aſconio *Verrin.* 3. princeps judicum dicitur.

3. Non erat igitur ipſe prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de ſen.* ſed alius ab eo. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæſtionis C. Junius. In judicio Cluenti prætor Q. Naſo, quæſitor Q. Voconius. In judicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, judex quæſtionis Q. Curtius, ut indicat Cicero *in fin.* 3. *in Verr.* conſulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti ſcriptores. Enimvero etiam ſtante adhuc republica certum eſt merum imperium habuiſſe magiſtratus, qui cum faſcibus & ſecuribus in provincias mittebantur, veluti conſules, proconſules, prætores, proprætores: atque id ſpeciali lege his tribui ſolitum.

4. Conſtituto Principe in urbe animadverſio criminum præfecto urbi conceſſa, & præſidibus in provinciis, in quas a Principe mittebantur. Atque omnino veriſimile eſt, hos non ſpeciali aliqua lege populi, ſed ex ipſa creatione merum imperium habuiſſe. Quod autem ad proconſules attinet, quos ſenatus in provincias ſibi populoque relictas mittebat, vetus ratio fortaſſis aliquandiu adhuc manſit, ut ſpeciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid ſi dicamus de horum omnium magiſtratuum imperio ſemel legem aut conſtitutionem promulgatam, quæ in creatione ſingulorum repetita cenſeretur? Cabot. 2. *diſp.* 2. Scip. Gent. *l.* 3. *de juriſd.* 20. & 25.

5. Igitur ſub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi, *l.* 1. *de offic. præf. urb.* prætores urbani non habuerunt: unde illa tutorum & curatorum, qui ſeveriore animadverſione indigebant, ad præfecturam urbanam remiſſio *l.* 1. *§. ſolent*, 7. *d. e. l.* 3. *§. ſed ſi*, 15. *ff. de ſuſp. tut.* Præfectus urbi olim pro regibus aut magiſtratibus juri dicundo conſtituebatur ad tempus, illis urbe profectis ad bellum, vel ad provincias ſuas. Poſt cœpit conſtitui ad paucos dies tantum, quoad ſolemne ſacrum Latinarum feriarum rite perageretur, quod Varro numerat inter annales ferias, *lib.* 5. *de Ling.* Primus Auguſtus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teſte Tacito *lib.* 6. *Annal.* Auxit deinde poteſtatem hujus magiſtratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, ſed etiam in Italia uſque ad centeſimum ab urbe lapidem, *d. l.* 1. *de off. præf. urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præſides, *l.* 6. *§. pen. ff. de off. præſid.* item proconſules, *l.* 6. *ff. de off. proconſ.*

6. Cæterum hi non habuerunt poteſtatem pœnas quaſvis irrogandi. Nam ecce præſes provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi poteſtatem, *d. l.* 6. *§. pen. de off. præſid.* deportandi tamen in inſulam jus ei datum non eſt, *l.* 6. *§.* 1. *ff. de interd. & de releg. l.* 1. *§.* 3. *ff. de legat.* 3. De proconſule idem ſentio: nam id genus pœnæ, ut ſpeciale & in libera republica non uſurpatum, principem ſibi reſervaſſe credibile eſt. Itaque argumentum a majori ad minus hic non procedit, ut notant Doctores in *l. non debet*, 21. *de reg. jur.* Cujac. *in l. notionem*, 99. *de verb. ſign.* quoniam ſingula, quæ ad merum imperium pertinent, niſi ſpecialiter conceſſa non competunt, *l.* 1. *de off. ejus cui &c.* Præfecto autem urbi nominatim ac ſpecialiter jus quoque deportandi a Principe datum, *l.* 2. *§.* 1. *ff. de pœn. d. l.* 1. *§.* 4. *de legat.* 3. Imperium merum, & quidem pleniſſimum habuerunt quoque præfecti prætorio, *d. l.* 1. *§.* 4. *de legat.* 3.

7. De officio præfecti prætorio, unde hujus magiſtratus initium & progreſſus, Arcadius Chariſius in *l. un. de off. præfect. præt.* Videtur autem hic magiſtratus tempore poſteriorum Imperatorum in officium plane civile dgeneraſſe, cum ex inſtitutione prima militare tantum fuerit, ut ex Dione *lib.* 55. Sueton. *in Auguſt.* Arcadio, *d. l. un.* & aliis conſtat. Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut a ſententiis eorum provocare non liceret, ſolumque concederetur ſupplicatio, *d. l. un. §.* 1. *l. un. C. de ſent. præf. præt.* Itaque nunc recte præfecturas appellare poſſumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum ſupremæ juriſdictionis ſive provocationis ultimæ, *cours ſouveraines*, *hooge collegien van Juſtitie, daar van geen appel en valt, hoe wel ſupplicatie*, aut, ut nunc loquimur, *reviſie*.

8. Hodie in municipiis idem fere magiſtratus, quorum eſt juriſdictio, etiam merum imperium habent: at in agris, *ten platten lande*, ſcabini juriſdictionem tantum habent, merum imperium exercent, qui noſtratibus dicuntur *Vrelgeboremannem*; hoc eſt, illi de cauſis civilibus duntaxat, hi de criminalibus cognoſcunt.

CAPUT III.

An meri imperii exercitio mandari poſſit?

SUMMARIUM.

1. *Meri imperii exercitionem mandari non poſſe.*
2. *Excipitur cauſa neceſſariæ magiſtratus abſentiæ: neque ea reſtringenda ad judicium legis Juliæ de vi.*
3. *Male nonnullos excipere, & eum cui princeps*

 cauſa

cauſæ criminalis executionem commiſit: ubi de ſententia l. un. C. qui pro ſua jur.
4. *An jur. Can. imperium merum delegabile.*
5. *Reges Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ, Principes, Duces &c. Germaniæ habere imperium merum non tanquam ſibi mandatum, ſed & a ſe & ut ſuum. Neque quo minus veri principes ſint, impedire obligationem fidelitatis &c. & n. 6.*
7. *Quid in toparchis ſeu dominis territorii.*

1. NEMINEM poſſe jus gladii vel alterius exercitionis ſibi datum ad alium transferre, nec mandata juriſdictione imperium merum, quod lege datur, tranſire, tot locis & tam perſpicue traditum eſt, ut mirum ſit reperiri, qui contradicant, *l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui mand. l. 6. pr. de offic. prov. l. nemo poteſt, 70. de reg. jur.*

2. Una exceptio eſt, ſi is, cui hujus imperii exercitio obtigit, neceſſario abeſſe cogitur, *d. l. 1. pr.* Idem tamen Doctores communiter ſtatuunt in cauſa infirmitatis tali quæ impediat quo minus magiſtratus officio ſuo fungatur; quod & rationem habet, Bart. & DD. *in l. 3. hoc tit.* Sunt qui hanc exceptionem reſtringunt ad judicium publicum legis Juliæ de vi, quia hujus ſolius in *d. l. 1.* meminit Juriſconſultus Bronchorſt. *1. Enant. aſſert. 16.* quod non placet: nam eadem ratione dicendum eſſet, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur non idem admittamus in cauſa adulterii, peculatus, repetundarum &c. aut ſi in his admittimus, cur non etiam in cauſa homicidii? An quia gravius puniuntur ſicarii lege Cornelia, quam lege Julia alia illa crimina? Atque vis publica non minus ſevere vindicatur lege Julia, quam homicidium lege Cornelia, ut patet ex collatione; *l. 5. §. 2. l. qui dolo, 10. §. ult. & l. ſeq. ad l. Jul. de vi publ.* cum *l. 3. §. pen. ad leg. Corn. de ſicar.* Non utor auctoritate legis 1. §. 8. *ff. ad SC. Turpil.* quia in pleriſque codicibus illic non *Præſens*, ſed *Præſes* legitur: quomodo etiam legendum exiſtimo. Nam falſum eſt, quod a præſente, mox tamen profecturo, cauſæ merii imperii delegari non poſſint. Utique enim cum præſes juſta ex cauſa abeſſe cogitur, eum plerumque præſentem adhuc, id eſt, antequam proficiſcatur, hujuſmodi cauſas mandare ſolitum, nemo opinor, cui datum eſt habere naſum, negaturus eſt.

3. Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes, in eo ſcilicet, cui princeps ſpecialiter cauſæ criminalis executionem commiſit, *arg. l. un. C. qui pro ſua juriſd.* & ibi Gloſſ. Bart. Bald. Cuman. Angel. Alexand. *lib. 2. conſ. 106. n. 20.* Corn. *conſ. 24. column. ult.* & alii, quos laudat & ſequitur Menoch. *lib. arb. jud. quæſt. 54.* Sed perperam: quia conſtitutio iſta utique reſtringenda eſt ad cauſas natura ſua delegabiles, id eſt, civiles, argumento inſcriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hic explicatione admiſſa, fore, ut novæ iſtius conſtitutionis ſive edicti ad præfectum prætorio miſſi promulgatio otioſa ſit & ſupervacua: ſiquidem, ut textus ipſe oſtendit, præcipue pertinet conſtitutio ad magiſtratus delegantes cauſas non ſuæ juriſdictionis, cujuſmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus a principe, cui ſoli hoc conceditur, ut etiam cauſas alienæ juriſdictionis, quarum cognitio ei mandata, delegare poſſit, & poſſit etiam perſonis alterius juriſdictionis. Itaque his verbis, *nudo perſonarum cauſarumve habito tractatu*, ſub finem poſitis, hoc tantum ſignificatur, poſſe delegatum principis cauſas qualvis (intellige civiles & delegabiles, quæ & ipſæ infinitæ & variæ) delegare quamvis alienæ ſint juriſdictionis &c. quod in principio conſtitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim Alberic. *in d. l. un. n. 5.* Salic. *n. 7.* Caſtr. *n. 9.* poſt Cyn. Jac. de Aren. Oldrad. Plures etiam citat Gilken. *in d. l. un. n. 3.* In legato proconſulis, quoniam is proconſuli tanquam vicarius a ſenatu εἰς βοήθειαν teſte Appiano *lib. 1. de bell. civil.* adjungebatur, ſpeciale fuit, atque extraordinarium, quod ei cuſtodiarum cognitio mandari potuit, *l. 5. pr. de off. proconſul.* A Conſtantino autem jus audiendi cauſas criminales ei etiam nominatim datum, *l. un. C. eod.*

4. Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile eſſe cenſent. Longoval. *in repet. l. 3. hoc tit. part. 3. c. 4.* Alexand. Coſtal. Buſ. *in lib. 1. de offic. ejus cui mand.* ſed nullum textum e jure iſto proferunt, quo id aperte probetur. Dicitur quidem in *c. pen. ne cler. vel monach. ſecul. negot.* poſſe Epiſcopum aliumve prælatum temporalem juriſdictionem habentem delegare cauſas ſanguinis: ſed quis non videt hoc eſſe ſpeciale, cum ipſis clericis cauſas hujuſmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Illud quoque, quod ex *c. in archiepiſcopatu, de raptor.* afferunt, proponi illic Regem Siciliæ cauſas criminales delegaſſe, qui tamen beneficiarius ſit ſedis Romanæ, Clement. *paſtoralis, de ſent. & re jud.* nihil eſt.

5. Nam Rex Siciliæ non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magiſtratus; ſed a ſe tanquam princeps ſupremam in regno ſuo habens poteſtatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoſcat, verus tamen Rex eſt & princeps omnia jura habens in ſubditos, quæ principibus conveniunt, add. Covar. 3. *reſ. 20.* Fachin. *9. contr. 99.*

6. Similiter quod de Principibus, Ducibus, & Comitibus imperii Germanici affertur, non eos ipſos de cauſis criminalibus cognoſcere, ſed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non recte colligitur, merum imperium poſſe hodie delegari. Nam principes iſti non habent imperium merum, tanquam mandatum ſibi, ſed tanquam ſuum & proprium: neque enim ſunt

nudi

nudi magiſtratus, ſed quaſi reges in ſuis ditionibus jus regalium habentes,, quo jure & magiſtratus creant: ac proinde nec recte dixeris eos mandare merum imperium, non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præſidem creabat. Scip. Gentil. *lib. 3. de juriſd. c. 23. & 29.* Enim vero, quominus hi Principes ſint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præſtandi obligatio, dummodo jura majeſtatis habeant: nam feudum cenſuſve præſtatio non adimit iis ſupremam poteſtatem, quam in ſubditos habent, eamque continuo transfert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: ſed cum eo nihil habet commune. Sed hodie licet Turcarum Imperator tributum a principe Tranſilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in ſubditos ejus ſibi vindicat. Regna Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ feuda ſunt ſedis Romanæ, adeoque ſi Pontificiæ conſtitutioni credimus, ipſum quoque imperium Romanum, quale nunc eſt, ex fide Romani Pontificis pendet. Clement. *un. de jurejur.*

7. Poſtremo nec toparchæ ſeu domini territorii, quibus a Principe in feudum conceſſum eſt jus meri imperii, *hooge juriſdictie ofte halsheerlijkheit*, cum alios conſtituunt, qui vice ſua de criminibus cognoſcant, non eſt ea tam ſimplex cauſarum criminalium delegatio, quam quædam magiſtratuum & judicum criminalium pro poteſtate a Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magiſtratus ſunt, verbi cauſa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non poſſe ſatis notum eſt: atque ut nunc mores ſunt, ne cauſarum quidem civilium cognitionem.

CAPUT IV.

Soline principi, iiſve, qui ſummam in repub. poteſtatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magiſtratibus, quibus id conceſſum.

SUMMARIUM.

1. *Lotharii ſententia contra Azonem defenſa.*
2. *An merum imperium ſit jus vitæ ac necis, & an idem, quod ſummum, & n. 3.*
4. *Aperitur via ad conciliandum cum Lothario Azonem, & n. 5.*

HÆC quæſtio olim agitata fuit Bononiæ ab hinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis Juriſconſultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgenſi Friderici Secundi filio. Uterque ex ſponſione equum apud ſequeſtrem depoſuerat. Azo contendebat, non ſolum principem, verum etiam magiſtratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra ſolum id jus habere principem: magiſtratus autem ex conceſſione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipſo apud Principem remanente. Imperator auditis utriuſque partis argumentis ſecundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit, *l. 1. §. 1. de conſtit. princip.* tamen Doctores inſequentes Azonis ſententiam magis probaverunt, quaſi Imperator non ex rei veritate, ſed favore ſuæ cauſæ ita judicaſſet. Unde natum eſt illud vulgatum, Lotharius iniquum dixit, & equum abſtulit: Azo æquum dixit & equum perdidit. Zaſ. *in l. 3. n. 36. hoc tit.*

1. Cæterum cauſam Lotharii rurſus ſuſcepit Alciatus *lib. 2. paradox. c. 6.* & poſt eum etiam recentiorum magnæ parti ſententia Lotharii probabilior viſa eſt; eamque & ipſe veriorem eſſe exiſtimo, utique ſi ſpectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipſum jus meri imperii concedere ſoliti fuere, quam hujus juris uſum atque exercitionem, *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magiſtratus tanquam proprium & ſuo jure, uti ſuo jure habet juriſdictionem *l. 5. ff. hoc tit.* Sed tanquam delegatum: quam ob cauſam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit, *d. l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui*, quod licuiſſet, ſi id jure habuiſſet proprio, *arg. d. l. 5. hoc tit.* Non obſtat, quod morte Principis non finitur merum imperium in perſona ejus, cui id conceſſum. Nam Princeps jure regalium magiſtratus creat, & tanquam lex quædam imperium ejuſque exercitionem iis defert, non ſimpliciter mandat exercendum: alias certe morte mandantis extingueretur, ſicut juriſdictio a magiſtratu mandata morte mandantis extinguitur, *l. 6. h. t.* lex autem non moritur.

2. Aſſerunt alii & hanc rationem, quia merum imperium eſt jus vitæ ac necis: hoc autem non niſi ejus proprium ſit, qui jura majeſtatis habet, ſive illa jura ſint apud unum, ſive apud plures, ſive apud univerſum populum. Curtius *lib. 4. Et cum in regali ſolio reſidebis vitæ neciſque omnium civium dominus.* Cujus poteſtatis inſigne apud Romanos eſſet pugio ſive gladius. Tacitus *lib. 3. hiſtor. Vitellium ſolutum a latere pugionem Cæcilio Simplici in concione reddidiſſe, tanquam jus vitæ & necis &c.* Cæterum quoniam illi, qui principatum obtinent, ipſi vacare exercitioni meri imperii non ſemper poſſunt, ideo hoc exercitium cum cauſæ cognitione aliis delegari ſolitum *arg. l. 2. §. exactis, 16. §. & quia, 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodum ſolius principis eſt pœnam remittere, *l. 4. ff. de pœn. l. 1. & paſſ. C. de ſent. paſſ.* Auguſt. *de fato; Imperatori ſoli licet revocare ſententiam, & reum mortis abſolvere, & ipſi ignoſcere*, ita & ſolius Principis proprium ſit punire, *arg. l. nemo, 37. de reg. jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur, ideo hoc jus princi-

pem ſibi reſervare, nec ulli concedere: at contra quia ſontes plerumque puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magiſtratibus mandare ſolitum.

3. Verum ego hæc non uſque adeo magni æſtimo, imo falſum arbitror, quod ajunt imperium merum eſſe jus vitæ & necis. Nam qui magiſtratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam poteſtatem ad animadvertendum in facinoroſos, & abſolvendos innocentes: ac proinde quid juriſdictionale, ſeparatum ab iis, quæ jura majeſtatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere: pœnam remittere, pars eſt juris regii ac majeſtatis, quod ſummum imperium, non merum dicitur, neque cum alio communicatur: quamquam interdum fit, ut cum jura majeſtatis apud plures ſunt, poteſtas condonandi delicti tribuatur uni, ſicut noſtri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utique merum imperium cum ſummo confundi non debuit: non meri, ſed ſummi imperii ſunt, leges condere, magiſtratus creare, bellum inferre, pacem facere &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri poſitum merum imperium, pro ſumma in republica poteſtate.

4. Diſputamus autem hic de more Romanis uſitato, non de poteſtate Principis. Nemo enim eſt, qui neſciat poſſe Principem eumve, qui alio nomine ſummam reipub. tenet, non modo quoad uſum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo poteſt Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliiſque illud vendere & hæredibus relinquere poſſit, ſicut hodie juriſdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis eſt. Poteſt & ex contrario Princeps ea, quæ ſunt juriſdictionis, & ad cauſarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, ſibi reſervare: quemadmodum initio civitatis omnia manu a Regibus gubernabantur *l. 2. §. 1. de orig. jur.*

5. Atque eo fortaſſis etiam reſpexit Azo, dum eum quidem ſolum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majeſtatis, eaque ſoli ſibi reſervare: cæterum judicialia & juriſdictionalia cum his confundenda non eſſe contendit, cujus generis quoque ſit merum imperium. Nam etſi omnium magiſtratuum poteſtas & juriſdictio a Principe tanquam a fonte promanat, tamen hæc diverſimode magiſtratibus concedi poſſe & ſolere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliiſque eadem mandare poſſint, quali jure olim juriſdictionem & juriſdictioni cohærens imperium Romani magiſtratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitationem juris alieni, ſine poteſtate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id eſt, merum imperium lege vel ſenatuſconſulto delegabatur, *l. 1. de off. ejus &c.* vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis ſententia indefinite citra conſiderationem juris Romani accepta, vera eſt.

CAPUT V.

De juriſdictione, quam vocant ſimplicem.

SUMMARIUM.

1. *Notionis verbum de cauſis omnibus promiſcue prædicari, iiſque etiam attribui, qui juriſdictione carent.*
2. *Juriſdictio nulla ſimplex, ſi conſideretur in concreto.*
3. *Vocem juriſdictionis & ſtricte accipi & late, tum quæ qua ſignificatione comprehendatur.*
4 *Specialiter conceſſa dici & ea, quæ ſub nomine officii tribuuntur.*
5 *Definitio juriſdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegeſi.*

NUNC de juriſdictione videamus, prout ea vox in uſu juris ſumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod juriſdictioni cohæret: ſed prius aliquid de verbo notionis dicendum eſt.

1. Notionis nomen latiſſimum eſt: nam & in civilibus cauſis & in criminalibus uſurpatur. Prætoris notio eſſe dicitur, utrum actio danda, an deneganda ſit *l. ult. in fin. de obl. & act.* item cum de alimentis teſtamento relictis tranſactio interponitur. *l. 8. §. 1. de tranſact.* cum diſceptatur, utrum qui filius eſſe dicitur, in poteſtate ſit, nec ne *l. 3. §. hoc autem, 3. de lib. exhib.* At in *l. 1. §. initio, 4. de offic. præfect. urb.* notio ad cauſas criminales & capitalem animadverſionem refertur, & apud Hermogenianum in *l. ex omnibus, 10. ff. de offic. præſ.* ad cognitionem cauſarum civilium & criminalium promiſcue. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque juriſdictionem habent: nam Ulpianus in *l. notionem, 69. de verb. ſign.* ſcribit, notionem ſic accipi poſſe ut & juriſdictio & cognitio intelligatur, videlicet, ſine juriſdictione, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixiſſet, *cujus de ea re juriſdictio eſt.* idem Ulpianus in *l. 5. de re jud.* melius, inquit, dixiſſet, cujus de ea re notio eſt. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui juriſdictionem non habent, ſed habent de quavis alia cauſa notionem; notionem nimirum nudam, id eſt, cognoſcendi & judicandi poteſtatem duntaxat, ſine jure ſententiam, quam dixerunt, exequendi: qualis fuit judicum a magiſtratu datorum, *l. a Divo 15. pr. ff. de re judic.* Itaque quamvis judices dati notionem habuerint, juriſdictionem tamen non

habue-

Digitized by Google

habuerunt, quia ſententiam ſuam non potuerunt exequi, *d. l. a Divo*.

2. Dices, ſententiam exequi non eſſe actum ſimplicis juriſdictionis, ſed mixti imperii, quod juriſdictioni cohæret. Fateor. Sed nego ullam eſſe juriſdictionem ſimplicem, ſi eam in concreto conſideremus, ut a magiſtratu habetur: quoniam nullus eſt magiſtratus ſine imperio cujus vi juriſdictionem ſuam tueatur, atque explicet, *l. ult. § 1. ff. de offic. ejus &c. l. 2. ff. hoc tit.* At ſi conſideretur in abſtracto, vix eſt, ut juriſdictio aut actus juriſdictionis diſcerni poſſit a nuda notione actuve nudæ notionis, quam judex pedaneus habet; utique in cauſis juriſdictionis contentioſæ; excepto eo, quod judicem dare non nudæ notionis, ſed juriſdictionis eſt, *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere poſſumus notionem & generis nomen eſſe, ſub quo & juriſdictio comprehendatur, & ſpeciei juriſdictioni oppoſitæ.

3. Juriſdictio duobus modis accipitur. Primo modo anguſtius & ſtricte pro ea poteſtate, quam quiſque magiſtratus ex natura officii ſui habet, ſive propter eam ab initio creatus ſit, ſive eam obtineat more majorum: ut ecce, Prætor initio conſtitutus eſt ad hoc, ut de cauſis privatis inter civili judicio contendentes jus dicat: more hoc ei conceſſum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur prætori competere vi juriſdictionis ſuæ, ſive, quod idem valet, jure ſui magiſtratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quæ ad juriſdictionem magiſtratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus eſt, ſed ſpecialiter magiſtratui poſtea ſunt conceſſa; utpote qua conceſſione, tanquam acceſſione quadam novæ auctoritatis jus officiumque magiſtratus, & juriſdictio ejus plenior facta ſit atque auctior: cujuſmodi verbi cauſa jus eſt tutoris dandæ poteſtas, quam Ulpianus *l. muto, 6. §. 2. ff. de tutel.* negat eſſe juriſdictionis, nempe ſtricte & proprie acceptæ, veræ & germanæ: quia tale jus non eſt ex eorum genere, quæ vi juriſdictionis ſuæ aut more majorum magiſtratus habet, ſed quæ ſpecialiter Magiſtratibus quibuſdam lege, vel ſenatuſconſulto, aut a Principe data ſunt, & quæ niſi nominatim tributa eſſent, magiſtratui non competerent. Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & juriſdictionem ejus, cui hoc conceſſum eſt, idque enim habere jure ſui magiſtratus, ſi vocem juriſdictionis & juris magiſtratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & ſpeciali poteſtate magiſtratui competit, ſive jure extraordinario, *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. ſed nec, 18. ff. de tranſactionib. l. 3. de poſtul. l. 3. §. ſed etſi, 5. ff. judic. ſolv. §. ſed hoc jure, 4. Inſt. de Attil. tut.* De ſimilibus idem judicium eſto. Mire in hujus rei explicatione variant DD. *in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d 4. Inſt. de Attil. tut.* Don. 7. *comm.* 2. Coraſ. 5. *miſc.* 24. Bellon. 1. *ſupput.* 2. Muſcorn. *tract. de juriſdict. n.* 167. Scip. Gentil. *lib. 1. de juriſd. ad orat. D. Marci, cap. 1.*

4. Illud hic obſervandum eſt, lege aut ſenatuſconſulto concedi non tantum ea dici, quæ in cauſis ſingulis ſpecialiter ſingulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: ſed etiam quæ in univerſum tribuuntur, & ſub nomine officii, puta prætori, præſidi, &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his*. Hodie tutoris dationem eſſe juriſdictionis ordinariæ notant, Mynſ. *ad §. nos autem, 5. Inſt. de Attil. tut. n.* 11. & Vult. *ad eund. tit. n.* 10.

5. In latiore autem illa ſignificatione accepta juriſdictio ſic deſcribitur. Juriſdictio eſt poteſtas juris dicundi in cauſa civili publice data aut permiſſa. His definitionis verbis, *juris dicundi in cauſa civili*; ſignificatur quidem eſſe ex adverſo poteſtatem quamdam juris dicundi in cauſis criminalibus: cæterum in uſu juris nunquam ea poteſtas juriſdictio appellatur, ſed perpetuo ſeparatur a juriſdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque inſolens eſt, ut verbi alicujus latior ſit uſus, quam verbalis, ut ſupra demonſtravimus. Sub cauſis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariæ juriſdictionis, veluti emancipationem, adoptionem, &c. Verbo *juris dicundi* excluditur notio pedaneorum judicum, quorum miniſterio magiſtratus in judicando utebantur, unum aliquem actum iis committentes præſcripta formula, quam ſequerentur, & reſervata ſibi poteſtate exequendi, *l. 5. l. a Divo, 15. ff. de re jud.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoſcant & inquirant, juris autem definitionem ex formula præſcripta mutuentur, vix eſt, ut ipſi jus dicere videantur. Et alias quoque multum intereſt inter jus dicere & judicare. Separantur hæc in *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac. & tit. C. ne quis in ſua, ca. jud. vel jus dicat*. Pater in cauſa filii jus dicere prohibetur, *l. 10. ff. hoc tit.* judicare non item, *l. in privatis, 77.* cum *l. ſeq. ff. de judic.* quamvis ſi judex datus ſit, recuſari a parte adverſa poſſit. Duar. 1. *diſp.* 51. D. Tulden. *ad C. ne quis in ſua cauſ. n.* 1. Poſtremo ſæpe jus dicitur etiam non interveniente ſententia, ut in iis, quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, puta adoptionibus, manumiſſionibus, bonorum poſſeſſione danda, &c. Ajo *publice data*, ut hinc removeatur poteſtas arbitrorum ad quos ex compromiſſo itur, quæ non publica, ſed privata eſt: quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum ſententia naſcitur, de quo forte alias dabitur dicendi occaſio. Addo *aut permiſſa*, ut comprehendam etiam juriſdictionem mandatam, quæ immediate jure publico non datur, ſed permittitur, conceſſa ab iis, qui juriſdictionem directo acceperunt,

Digitized by Google

ſunt a populo, aut Principe, *l. 6. ff. hoc titul.* eodem fere ſenſu, quo tutela teſtamentaria & Attiliana jure civili permiſſa dicitur, legitima data *l. 1. ff. de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque juriſdictio definitione continebitur. Atque hæc juriſdictionis in genere ſumptæ definitio, ut eſt ſimpliciſſima, ita mihi & optima ac pleniſſima videtur, utpote ſpecies omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quarum magnam partem videre eſt apud Enucleat. Don. *lib. 17. comm. 7. litt. F.* nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cujacii *parat. C. de juriſd. juriſdictio eſt notio, quæ jure magiſtratui competit*; qua nullam meliorem ſe compoſuiſſe ſcribit, ſoli convenit ordinariæ.

CAPUT VI.

De juriſdictione ordinaria, & extraordinaria, contentioſa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1. *Ordinariæ juriſdictionis quæ ſint.*
2. *Quæ juriſdictionis extraordinariæ.*
3. *Tutoris datio quo referenda.*
4. *Quo judicis dandi licentia.*
5. *Contentioſa juriſdictio quid, & quæ eo pertineant.*
6. *Juriſdictio voluntaria, & quæ ad eam referenda.*
7. *Quatenus admittendum, quod vulgo ajunt, actus juriſdictionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri poſſe.*

POTERIT igitur ſecundum ea, quæ ſupra diximus; primum hoc modo dividi juriſdictio, ut alia ſit ordinaria, quæ jure ordinario & more a majoribus recepto magiſtratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis, non jure ordinario.

1. Prioris generis ſunt omnia, quæ juriſdictionis ſunt contentioſæ: quo etiam quodammodo pertinet miſſio in poſſeſſionem, facit *arg. in l. 4. §. 1. de offic. ejus, &c.* Bonorum poſſeſſionem dare voluntariæ juriſdictionis eſt, & tamen ad hoc idem genus pertinet, *arg. d. l. 4. §. 1.* videturque ſpecies eſſe juriſdictionis ampliatæ jure magiſtratus a prætore, ut & reſtituere in integrum.

2. Poſterioris generis ſunt cognitio ſuper alienatione prædiorum minoris, per *l. 2. §. 1. d. tit. l. 1. de reb. eor. qui ſub tut.* cognitio ſuper tranſactione de alimentis teſtamento relictis, *l. 8. pr. & §. ſed nec, 1. ff. de tranſact.* ſuper manumiſſione a minore 20. annis facienda, quam cauſam prætor de conſilii ſententia examinabat ex lege Ælia Sentia *§. 4. Inſt. qui & ex quib. cauſ. manum.* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l. 2. pr. de offic. ejus*, ait eum, cui mandata eſt juriſdictio, non poſſe exercere conſilium, item cognitio, quam ex ſenatusconſulto prætor habet, ſi a familia dominus occiſus eſſe dicatur, *l. 1. in fin. pr. de offic. ejus.*

3. Huc item referenda eſt tutoris datio, per *l. 8. ff. de tut. dat.* quam hoc reſpectu Juriſconſultus negat eſſe juriſdictionem *l. 6. §. 2. ff. de tutel.* nimirum in ſpecie acceptæ & ordinariæ; quemadmodum Pomponius in *l. 2. §. hæc omnia, 33. de orig. jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat eſſe magiſtratus, vocem magiſtratus ad ordinarios contrahit: ab aliis enim, Feneſtella, Caſſiodoro, in numero magiſtratuum recenſentur.

4. Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordinariæ juriſdictionis fuiſſe videtur, *arg. l. cum prætor, 12. §. 1. de judic.* ubi Paulus ſcribit, judicis dandi poteſtatem more conceſſam eſſe magiſtratibus Romæ: lege autem datam proconſuli. Magiſtratus municipales etſi juriſdictionem aliquam habent, nuſquam tamen legimus eos judicis dandi licentiam habuiſſe.

5. Secundo diſtribui poteſt juriſdictio in contentioſam & voluntariam: cujus diſtributionis fundamentum eſt in *l. 2. de offic. proconſ. & leg.* Contentioſa juriſdictio eſt, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario ſeu civili contendentes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis inſtar habent, ut ſtipulationes prætoriæ, miſſio in poſſeſſionem; tum quæ ad judicium exercendum pertinent, ut judicis dandi licentia, *l. 1. l. 3. l. 4. ff. hoc tit. l. actionis, 37. ff. de obl. & act.* Atque hæc juriſdictionis ſpecies maxime proprie appellatione juriſdictionis continetur, deque ea potiſſimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6. Voluntaria juriſdictio eſt, quæ exercetur auctore magiſtratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Eorum autem, quæ ad hanc juriſdictionem pertinent, quædam præter approbationem & auctoritatem magiſtratus nihil deſiderant: cujus generis ſunt adoptio, manumiſſio, liberorum emancipatio; quæ proinde etiam de plano tranſigi poſſunt, *d. l. 2. de offic. proconſ. §. 2. Inſt. de libertin.* quædam etiam cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumiſſio a minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis, *l. 8. §. 8. ff. de tranſact. l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut. §. 4. Inſt. qui & ex quib. ca. man. l. ſi paterfam. 15. §. 2. l. nec ei, 17. per tot. ff. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum poſſeſſio, per *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in poſſ. ſerv.* Tutoris datio intermedium quoddam genus juriſdictionis eſt, quod quidem ſine judicii contentione exercetur, ſed tamen in invitos quia publicum tutela munus eſt, *pr. inſt. de excuſ. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo re-

ferunt

ferunt bonorum poſſeſſionem edictalem, inſinuationes teſtamentorum & donationum, quæ ſummam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & teſtamentorum. Legitimatio autem vereor ut ad juriſdictionalia referri poſſit; & utique hoc jus eſt ex reſervatis Principum.

7. Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriuſque Juriſdictionis obſervandum tradunt, quod quæ ſunt juriſdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri poſſunt, *arg. l. 2. ff. de offic. proconſul.* contentioſa autem juriſdictio extra provinciam explicari nequeat, *l. ult. ff. hoc tit.* Cæterum hæc diſtinctio ad omnes actus voluntariæ juriſdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui cauſæ cognitionem deſiderant: nec ad alios fere, quam ad hoſce tres, adoptionem, manumiſſionem, & emancipationem. Atque hi actus in ſpecie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non potuerunt niſi apud eum, penes quem erat legis actio, *l. 3. ff. de offic. proconſ. l. 1. ff. de offic. jurid. l. 1. C. de adopt.* Paulus *lib. 2. ſent. 25.* ubi ſcribit etiam apud magiſtratus municipales adoptari & manumitti poſſe, ſi habeant legis actionem, id eſt, apud duumviros, quibus data eſt legis actio. Apud defenſores inſinuari poterant teſtamenta & donationes. *Nov. 15. cap. 3.*

CAPUT VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1. *Mixtum imperium quid ſit, unde ſit dictum, & an pars juriſdictionis.*
2. *Cur hoc imperium jungi juriſdictioni neceſſe ſit.*
3. *Actus juriſdictionis & imperii revera eſſe diverſos.*
4. *Præcedere ſemper actum juriſdictionis, ſequi actum imperii: ſi opus ſit.*
5. *Bonorum poſſeſſionem dare ſitne actus juriſdictionis, an imperii, & n. 6. & 7.*
8. *ad l. 3. ff. hoc tit.*
9. *Jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere, juriſdictioni, an mixto imperio adſcribenda.*
10. *Explicatio l. 4. ff. hoc tit. junct. l. 28. ad munic.*
11. *Reſtituere in integrum, cognoſcere de ſuſpectis tutoribus juriſdictionis eſſe, non mixti imperii.*
12. *Diviſionem imperii mixti in id, quod juriſdictioni ineſt, & id, cui inſit juriſdictio, commentitiam eſſe.*
13. *Quicumque juriſdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

1. NUNC tempus eſt, de eo genere imperii loquamur quod mixtum noſtris appellatur: Mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum eſt cum juriſdictione, eique cohæret & ineſt, *l. 3. ff. hoc t. l. 1. in fin. ff. de offic. ejus &c.* Alias appellatur imperium non merum, *l. ult. §. 1. d. tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & juriſdictio licet ratione perſonæ, cui competunt, ita inter ſe conjuncta ſint, ut alterum ſine altero eſſe non poſſit: tamen ut nominibus ſunt diſtincta, ita & re ipſa diverſa ſunt: id quod ex eo manifeſtum eſt, tum quod mandata juriſdictione hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens juriſdictionis, eique perpetuo cohærens, *d. l. 1. §. fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus*, tum quod definitur modica coercitio, qua magiſtratus juriſdictionem ſuam tuetur atque explicat, *d. l. ult. §. 1.* ut non tam pars ſit juriſdictionis, quam adjunctum inſeparabile, quamquam hoc ſenſu dici poteſt unum quoddam cum juriſdictione compoſitum conſtituere.

2. Dicitur autem modica coercitio oppoſitive ad gravem animadverſionem, in qua conſiſtit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium ſententiis & decretis magiſtratuum in cauſis civilibus neceſſe fuit portionem aliquam quaſi de imperio decerpere & jungere juriſdictioni, ut magiſtratus hac poteſtate armatus juriſdictionem ſuam defendere, & quæ vi juriſdictionis ſuæ ſtatuit ac decrevit, executioni mandare poſſit, cæteraque facere, ſine quibus juriſdictio foret eluſoria.

3. Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum ſit cum juriſdictione, revera tamen, uti diximus, diverſa ſunt, atque actus juriſdictionis & imperii diſtincti, ut neque quod juriſdictionis eſt, imperio; neque quod imperii, juriſdictioni tribui debeat. Cauſam cognoſcere, ſententiam dicere, decernere, ſtatuere, jubere, juriſdictionis ſunt, non imperii: ſententiam, decreta, ſtatuta, juſſa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa imperii, non juriſdictionis. Jubere in carcerem ire in in cauſa pecuniaria mixti quoque imperii eſt, *l. 2. ff. de in jus voc.* & recte Scip. Gentil. *lib. 3. de juriſd. c. 10.* poſt Zaſ. *in l. 3. ff. hoc t. n. 47.* notat, quarundam coercitionum ſpecies mixto & mero imperio eſſe communes, qualis item eſt multæ dictio.

4. Et præcedit igitur actus juriſdictionis, quem ſequitur actus imperii, ſi ſit: quod vi juriſdictionis ſtatutum aut decretum eſt, non pareatur. Si paretur, ſubſiſtit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc ſententia uti ſimpliciſſima; ita & veriſſima eſt, licet paucos auctores habeat, & præter Groveanum, Lon-

Digitized by Google

Longovallium, Ant. Fabrum *lib. 4. conject. 4.* Bachovium *ad hunc tit.* fere neminem. In tantum ut cæteri juris magiſtri, qui decreta & juſſa magiſtratuum imperii eſſe ſtatuunt, veluti jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, paſſim imprudentes ſibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum eſſe coercitionem cohærentem juriſdictioni, ut nervos habeat, & illud poſitum eſſe in executione atque expeditione, vid. Coraſ. 3. *miſc.* 17. Duar. *de juriſd. c.* 7. Dov. 17. *comm.* 6. Vaud. 2. *q.* 35. Fachin. 9. *contr.* 95. Inter alios Scipio Gentilis *lib.* 1. *de juriſd. c.* 3. ſic ſcribit: *Si conſideramus materiam circa quam juriſdictio & imperium mixtum non differunt: utrumque enim pertinet ad cauſas civiles & pecuniarias. Quod ſi non res, ſed vim ipſam atque naturam juriſdictionis, & imperii mixti ſpectamus, juriſdictionam eſſe dicemus, jus cognoſcendi & ſtatuendi de cauſis civilibus; mixtum vero imperium poteſtatem, quæ juriſdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

5. Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, juriſdictioni adſcribenda ſint, an imperio mixto. Non poſſunt adſcribi imperio. Nam, ut de datione bonorum poſſeſſionis primum dicam, quis actus juriſdictionis hic præcedit, quem bonorum poſſeſſionem dando prætor defendat? quem coercet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nulla eſt ſententia, qnam non præcedat cognitio, nemo autem unquam dixit, mixti imperii eſſe pronuntiare ſententiam, eum, a quo quid petitur, abſolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis judicibus, quos conſtat juriſdictionem non habere, tribuemus partem imperii, juriſdictioni perpetuo annexam, & remotam a nuda notione, quam ſolam judices pedanei habent. Relinquitur ergo, ut dicamus bonorum poſſeſſionem dare non imperii, ſed juriſdictionis eſſe.

6. Hoc ipſum & ex eo quoque perſpicuum eſt, quod jus omne, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, introductum eſt juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teſte Juſtiniano *in pr. Inſtit. de bon. poſſ.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, ſed a juriſdictione prætoris veniunt, unde dicta omnia.

7. Sic igitur omnino habendum eſt, cum prætor alicui bonorum dat poſſeſſionem, aut ſi opus eſt, cauſa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur, *l. 2. §. 1. ff. quis ord. in bon. poſſ.* hunc actum non eſſe alicujus imperii, ſed intra terminos juriſdictionis conſiſtere. Quod ſi ex ſolo decreto bonorum poſſeſſio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obtinentes. Facit *l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poſſ.*

8. Sed obſtat nobis locus Ulpiani in *l. 3. ff. hoc tit.* ubi diſerte Juriſconſultus ait, bonorum poſſeſſionem dare, eſſe mixti imperii: ſic enim ſcribit: *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Reſpondeo me non dubitare, quin lectio iſtius loci vitioſa ſit, & vel cum Antonio Goveano legendum & diſtinguendum hoc modo; *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, juriſdictio eſt. Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia*, nihil enim tam frequens eſt, quam iterati verbi omiſſio: aut cum Antonio Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* ſubſtituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui juriſdictio ineſt, quæ in dandis bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Utique verba ſequentia, *Juriſdictio eſt etiam, &c.* oſtendunt prius a Juriſconſulto prolatum fuiſſe exemplum juriſdictionis, non imperii: potuitque facile naſci error ex utriuſque ſyllabæ & notæ ſimilitudine. Hanc mihi reſponſionem extorſit manifeſta ratio juris. Hotomannus *lib. 7. obſerv. 16. & in d. l. 3. hoc tit.* etiam pro his verbis, *cui juriſdictio ineſt*, legi mavult, *quod Juriſdictioni ineſt*, nec ſane abſque ratione. Nam proprie juriſdictio non ineſt imperio, ſed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam juriſdictionem, ſed mixtum imperium: nec juriſdictionem cohærere, accedere, famulari imperio mixto, ſed hoc juriſdictioni, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de offic. ejus cui mand.* Cæterum non ſemper accurate ſatis loquuntur juriſconſulti: nec aliud ſenſiſſe exiſtimo Ulpianum, cum mixto imperio ineſſe dixit juriſdictionem, quam imperium hoc juriſdictioni cohærere, hoc eſt, penes eum eſſe, cui competit juriſdictio.

9. His, quæ diximus, conſequens eſt, neque imperii mixti eſſe, jubere cavere prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi cauſa, damni infecti nomine, & ſi non caveatur, decernit miſſionem in poſſeſſionem rei, de qua damnum timetur, vi juriſdictionis ſuæ id facit, non imperii, non magis quam ſi judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam reſtitui, & ſi juſſui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adverſarius in litem juraverit. Dènique ſtipulationes prætorias omnes & ædilitatis a juriſdictione venire aperte ſcriptum eſt apud Pomponium in *l. 5. pr. ff. de verb. obl.* At ſi ex decreto miſſus non admittatur, ſi vis ei fiat, hic jam ſuccedit, quod diximus, imperium, quo decretum ſuum prætor manu miniſtrorum exequatur, *l. 3. ff. ne vis fiat ei qui in poſſ.*

10. Negotium pleriſque faceſſit, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. hoc tit.* & Paulum *l. ea quæ, 26. pr.*

26. *pr.* junct. §. 1. *ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, reſtituere in integrum, imperii magis eſſe, quam juriſdictionis. Me vero parum iſta movent, quippe qui certus ſum verbo imperii in *dd. legib.* nihil minus ſignificari, quam mixtum imperium, de quo hic quærimus: nam alioqui dicere debebant juriſconſulti jubere cavere, & in poſſeſſionem mittere, juriſdictionis non eſſe, ſed imperii mixti. Jam vero cum dicant iſta magis eſſe imperii, quam juriſdictionis, illud ſignificare voluerunt, eſſe quidem hæc juriſdictionis, ſed eminentioris cujuſdam, magiſque imperioſæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua ſcilicet poteſtas majorum magiſtratuum, hoc eſt, eorum qui tribunali præſunt, relucet: minores autem magiſtratus, quales erant magiſtratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus juriſdictionis ſunt, facere non poſſe, *d. l. ea quæ*, 26. *pr. ad munic.* Atque hoc reſpectu alibi magiſtratus omnes inferiores dicuntur eſſe ſine imperio & poteſtate, *l. nec magiſtratibus*, 32. *ff. de injur.*

11. Hujus ejuſdem generis eſt & reſtitutio in integrum, *d. l.* 26. §. 1. *ad munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici poteſt ea cohærere juriſdictioni &c. Cognoſcere quoque & pronuntiare de quæſtione ſuſcepti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l.* 1. §. *ſuſpecti*, 11. *ff. ad ſenat. Turpil.* ubi legimus ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, & nullum alium de hujuſmodi quæſtione, quam præſidem poſſe pronuntiare, non quia id mixti ſit imperii, nam & magiſtratus inferiores mixtum imperium habent: ſed quia eſt excelſæ cujuſdam & nobiliſſimæ juriſdictionis, quæ ſolis competit magiſtratibus majoribus, & imperii nomine paſſim a noſtris deſignatur, *l.* 8. *& l. ult. de offic. proconſul. l.* 3. *de offic. ejus &c. l.* 2. *ff. de adopt. l. cum prætor*, 12. §. 1. *ff. de judic. l.* 7. §. *ſi paciſcar*, 14. *ff. de pact. l. quod juſſit*, 14. *ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori juriſdictioni, eoque nomine ſignificatur, imperium quidem majorum magiſtratuum, ſed quod tamen poſitum ſit in jure dicundo. Neque immerito cum quid magiſtratus vi juriſdictionis ſuæ facit, imperare dicitur, cum & ipſa vox imperii pro magiſtratu interdum uſurpetur. Cic. *lib.* 3. *de legib. Juſta imperia ſunto*, id eſt, magiſtratus legitime creantor.

12. Plerique cum hæc non intelligerent, ut aliqua ſaltem ratione ſe expedirent, duo genera imperii mixti commenti ſunt; unum, quod juriſdictioni cohæreat atque ſubſerviat, comparatum ad juriſdictionem contentioſam tuendam atque explicandam: alterum, cui inſit juriſdictio, ſeu cui tanquam principali juriſdictio accedat atque ancilletur; cujus generis ſint ea, quæ magis imperii eſſe dicuntur, quam juriſdictionis: & hoc ideo, quia ſicut in priore ſpecie juriſdictio, ita in hac magis emineat imperium, ita Baro in *l. ult. de offic. ejus*, Muſcorn. *de juriſd. n.* 143. Bocer. *cap.* 4. 18. Obrecht. *c.* 12. *n.* 25. Hilig. ad Don. *lib.* 17. *comm.* 8. In quo toto cælo eos erraſſe ex iis, quæ modo diximus, manifeſtum eſt. Nullum enim eſt mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore poteſt, quod per ſe ſubſiſtat cui accedat & famuletur juriſdictio: ſed omne accedit & ſervit juriſdictioni, cum omne poſitum ſit in modica aliqua coercitione, comparata juriſdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13. Hoc autem conſtituto imperium mixtum conſiſtere in modica coercitione, qua ſine nulla ſit juriſdictio; id imperium cohærere juriſdictioni eique ſubſervire, conſequens omnino eſt omnes, qui juriſdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magiſtratus minores in municipiis, cum & ipſi habeant juriſdictionem: Quemadmodum enim magiſtratus intelligi non poteſt ſine juriſdictione, ita nec poteſt ſine imperio aliquo, quo juriſdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit. Enim vero non eſt neceſſe, ut quicunque magiſtratus eſt, omnes partes hujus imperii habeat, ſicut nec ex diverſo, ut habeat plenam juriſdictionem: at partem ſaltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujuſque tuendo ſufficiat. Sic magiſtratus municipales etſi forte jus multæ dicendæ non habeant, *argum. l.* 1. *pr. ſi quis jus dic. non obtemp. l. aliud eſt fraus*, 131. §. 1. *de verb. ſign.* pignoribus tamen captis juriſdictionem ſuam tueri poſſunt, *l. quemadmodum*, 29. §. *pen. ff. ad leg. Aquil. l.* 3. §. 1. *de reb. eor. qui ſub tut. l.* 4. §. 2. *de damn. infect.* non male in hanc ſententiam diſſerit Donel. *lib.* 17. *comm. c.* 7.

CAPUT. VIII.

De juriſdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1. *Quinam propriam juriſdictionem habeant.*
2. *An legatus proconſulis.*
3. *Mandata juriſdictio quid.*
4. *Quid ſit, mandare juriſdictionem.*
5. *Eum, cui mandata eſt juriſdictio, magiſtratum non eſſe.*
6. *Quæ juriſdictio quibus mandari poſſit.*
7. *Mandari poſſe, quæ ſunt juriſdictionis ordinariæ: non poſſe, quæ extraordinariæ, & quare item n.* 8. *&* 9.
10. *Manumiſſio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri poſſint.*
11. *An apud legatum proconſulis, ad l.* 17. *ff.*

de

de man. vind. & *l. 2. §. 1. junct. l. 3. de off. proconſ.*

12. *Tutoris datio an mandante magiſtratu tranſeat.*
13. *Etiam cauſas cognitionis prætoriæ mandari poſſe.*
14. *Mandata tamen ſimpliciter juriſdictione non transferri.*
15. *An mandari poſſit mixtum imperium.*

NONDUM omnia juriſdictionis genera executi ſumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis eſt diſtributio juriſdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum juriſdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, ſed beneficio alterius.

1. Propriam habent magiſtratus, utpote quibus ea poteſtas principaliter data, *l. 6. ff. hoc tit.* ad hoc enim magiſtratus a populo aut principe creati & conſtituti ſunt, ut jus dicant reddantque, *l. 2. §. poſt originem, 13. de orig. jur.* qui ob id etiam juriſdictioni præeſſe dicuntur, *l. 12. de legib. l. 10. ff. hoc titul. l. 1. ff. de judic.* Nec tantum magiſtratus ordinarii propriam juriſdictionem habent; verum etiam qui extra ordinem conſtituuntur juris publice dicundi cauſa, ut præfectus vigilum & annonæ, *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* eoque referri poſſunt & delegati a Principe. Item magiſtratus municipales, quorum juriſdictio continetur intra territorium cujuſque municipii, *l. 3. ff. de tut. dat. l. duumvirum, 53. C. de decur. lib.* 10.

2. Cum autem non alii, quam magiſtratus hanc juriſdictionem habeant, ſequitur nec legatum proconſulis propriam habere juriſdictionem: ſcilicet quia nec legatus magiſtratus eſt; erratque Onufrius *lib. 3. de imp. Rom.* legatum referens inter magiſtratus populi Romani. Nam magiſtratus ex ipſa creatione immediate a populo aut Principe juriſdictionem accipiunt: legatus autem, etſi proconſuli adjutor in partem curarum a ſenatu dabatur, ut ex Appian. ſupra retulimus, juriſdictionem tamen a proconſule accipiebat *l. 4. ult. l. 12.* & *l. ſeq. de offic. proconſul. l. 1. §. an autem 4. ff. de ſuſpect. tut.* Aperte autem inter ſe pugnant, eandem juriſdictionem & mandatam eſſe & propriam; eundem pro ſuo imperio agere, & alienis partibus fungi, *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* Quod ſi legatus ſuo jure haberet juriſdictionem, utique & alii eam mandare poſſet per *l. 5. hoc tit.* quod tamen nuſquam traditum eſt, nec morte proconſulis finiretur, contra *l. 6. eod.* Govean. *in d. l. 6. n. 9.* Poteſt quidem dici etiam legatum quædam propria habere, *l. 13. de offic. proconſ.* ſed ea videlicet, quæ mandata non ſunt, nec mandari poſſunt, veluti jus dandi tutoris, *l. pen. eod. tit.* quod ei ſpecialiter datum eſt oratione Div. Marci, *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magiſtratus competunt; ſed quia hæc a proconſule non accipit legatus, nec in iis proconſulem recognoſcit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l. 2. ff. quis, & a quo appell.* ſcribit, a legatis proconſulem appellari, de quo plura inferius. Apud nos item magiſtratus omnes & ſoli propria ſunt juriſdictione præditi: Vaſalli autem de juriſdictione cum feudo inveſtiti etiam juriſdictionem habent patrimonialem, quam & in hæredes una cum feudo tranſmittunt. Itaque hi non ſunt ſimplices magiſtratus. Ejus autem juriſdictionis, quæ proprio jure non competit, dum ſpecies recte conſtituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac ſpecie dicemus ſeparatim, ac primum de mandata.

3. Mandata juriſdictio eſt, quam quis habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent: ac proinde beneficio alieno, *per l. 5. ff. hoc tit.* Quatuor hic fere quæſtiones examinandæ occurrunt, 1. poſſitne quam quis juriſdictionem habet, eam alteri mandare, 2. ſi poteſt, quando pro poteſtate ſit mandata, 3. quatenus mandata tranſeat, 4. tranſlata quomodo & quando finiatur.

4. Primo ſatis conſtat juriſdictionem, quam quis habet, alii mandare poſſe, ſed inquam mandare, id eſt, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat, *l. 3. de offic. ejus &c. l. ſolet, 16. ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus qui mandavit, utatur, *l. 1. §. 1. de offic. ejus*, ac proinde etſi is, cui mandata eſt, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l. 5. §. 3. ff. de adm. tut.* & mandatarius juriſdictionis ſimplex & purus vicarius eſt, non magiſtratus. Transferre autem juriſdictionem ſuam in alium, atque ab ſe abdicare nemo poteſt, *l. pen. ff. de offic. præſid.* quoniam nimirum hac translatione conſtitueret magiſtratum, quod ſolius eſt ſupremæ poteſtatis. Vult. *ad l. 3. C. hoc tit.* Scip. Gentil. *l. 2. de juriſd. c. 26.* eſtque perſpicuus error Buſii in *l. 1. §. 1. n. 2. & 4. de offic. ejus*, aſſeverantis etiam eum, cui mandata eſt juriſdictio, magiſtratum eſſe: non enim quævis juris dicundi poteſtas magiſtratum facit, ſed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte Donell. 17. *comm.* 7. Poteſt ſane is, qui ſummæ rei præeſt, majores creans magiſtratus, his impertiri facultatem minores conſtituendi, ſicut apud nos quædam civitates jus magiſtratus eligendi a Principe habent: ſed tale jus magiſtratibus Romanis conceſſum fuiſſe nuſquam proditum eſt.

5. Cæterum non omnes, qui juriſdictionem habent, eam mandare poſſunt: ſed nec cuivis mandari juriſdictio, neque omnia poſſunt, quæ ſunt ejus, qui juriſdictionem habet, ut

jam

Digitized by Google

jam amplius hic quærendum ſit, quis, cui, quatenus, quid eorum mandare poſſit.

6. Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum juriſdictionem mandare poſſet, qui eam ſuo jure, non alieno beneficio haberet, *l. more majorum*, §. *ff. h. t.* qui haberet propriam, non etiam qui ſibi mandatam, *l. ult. de off. ejus*. Qui enim utitur aliena, is eam alteri utendam dare non magis poteſt, quam rem ſibi commodatam alteri commodare *fac. l. nemo plus*, 54. *de reg. jur.* Hinc vulgatum illud, delegarum ſubdelegare non poſſe: cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recenſentur a Coſtalio in *d. l. ultim. de offic. ejus*, ſed quæ natæ ſunt ex errore confundentium delegationem juriſdictionis cum datione judicum. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis ſubdelegare poteſt: de quo pluſcula cap. ſequenti. Mandari porro juriſdictio iis ōmnibus poreſt, qui & judices dari poſſunt. Qui autem idonei judices non habentur, iis nec juriſdictio recte mandabitur: quo in numero ſunt ſurdus, mutus, perpetuo furore laborans, impubes, ſenatu motus, fœmina, ſervus, quibus foro interdictum eſt, & ſi qui ſunt ſimiles, *l. eum prætor*, 12. §. 2. *ff. de judic.* & ibi gloſſ. & DD.

7. Sed nec omnia, quæ ſunt juriſdictionis in genere acceptæ, mandari poſſunt: nam ut ſupra dictum eſt, quædam juriſdictio eſt extraordinaria, & adventitia, quæ competit ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis: quædam ordinaria & genuina, quæ magiſtratui compe-rit jure ſui magiſtratus. Quæ juriſdictionis ſunt ordinariæ, ea omnia mandari poſſunt & mandata juriſdictione tranſeunt. At contra nihil eorum mandari poteſt, quæ ſpecialiter lege, ſenatuſconſulto, vel conſtitutione Principis conceduntur, nec quicquam eorum maudata juriſdictione transfertur, *l. 1. de off. ejus*, *&c.* Nimirum quæ jure magiſtratus competunt, natura ſua inſunt juriſdictioni, & ideo mandata juriſdictione tranſeunt: quæ autem ſpecialiter magiſtratui conceſſa ſunt, non tranſeunt, quia ea non ex natura officii ſui habet, ſed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & juriſdictionem magiſtratus, cui tributa ſunt, neceſſario non pertinet.

8. Mandari igitur poſſunt, quæcumque ſunt juriſdictionis contentioſæ, & mandata juriſdictione transferuntur: inter quæ & jubere cavere prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, de ſuſpectis tutoribus cognoſcere, *l. 4. pr.* & §. 1. *de off. ejus*, *l. 1. §. an autem*, 4. *ff. de ſuſpect. tut.* Jure quoque ordinario magiſtratui competit bonorum poſſeſſionem poſtulantibus dare, quamvis id voluntariæ ſit juriſdictionis: proinde & hæc poteſtas mandari poteſt, *d. l. 4. §. 1. de off. ejus*.

9. Ex contrario jus cognoſcendi ſuper tranſactione de alimentis ultima voluntate relictis, ſuper alienatione prædiorum minoris, ſuper adrogatione impuberis, manumiſſione a minore viginti annis facienda, non recte mandatur, quia juriſdictionis extraordinariæ eſt, ſive ſpecialiter & extra ordinem conceſſæ, *l. 2. pr.* & §. 1. *de off. ejus*, *l. 8. pr.* & §. *ſed nec*, 18. *de tranſact. l. ſi paterfam.* & *ll. ſeqq. ff. de adopt.*

10. Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ juriſdictionis, adoptio, manumiſſio, emancipatio, quæ proprie legis actiones dicuntur, mandari non potuerint, *l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1.* & *l. 3. de off. proconſ.* ex quibus locis diſcimus, hujuſmodi actus expediri non poſſe, niſi apud eum, apud quem plena ſit legis actio: eum autem, cui mandata eſt juriſdictio, talem juriſdictionem non habere, adeoque omnino non eſſe apud eum legis actionem. Sunt qui exiſtimant haſce legis actiones magiſtratibus Romanis proprio jure competiiſſe, ſingulari tamen cum reſtrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ ſpeciatim concedebantur, annumerarentur; ut vero aliis magiſtratibus competerent, lege & ſpeciali conceſſione opus fuiſſe, *per. l. 1. de off jud. l. apud præfectum*, 21. *de manum. vind. l. 1. C. de vind. libert.* At hæc eodem recidunt.

11. Objicitur hic nobis *l. apud proconſulem*, 17. *de manum. vind.* ubi ita ſcriptum eſt: *Apud proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt, vindicta manumittere poſſumus. Sed & apud legatum ejus manumittere poſſumus*, cui loco e diametro obſtat *l. 2. §. 1. de off. proconſ.* verba hujus loci ſunt hæc: *Apud legatum proconſulis nemo manumittere poteſt, quia non habet juriſdictionem talem*, nimirum voluntariam, qualem habet proconſul. & mox *l. 3. eod.* ſubjicitur, *Nec adoptari poteſt: omnino enim non eſt apud eum legis actio.* Duarenus *ad tit. de off. proconſ.* Hotomannus 2. *amic. reſp.* 1. & alii hæc loca conciliant adhibita hac diſtinctione, ut interſit, utrum legatus provinciam jam ingreſſus ſit, an necdum. Quandiu nondum ingreſſus eſt provinciam, actum manumiſſionis apud eum celebrari non poſſe, eoque pertinere *d. l. 2.* & 3. *de off. proconſ.* poſſe autem, ubi provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio; quo referunt *d. l. apud proconſulem*, 57. *de manum. vind.* Huic conciliationi per me licet, qui volet, acquieſcat potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos minime dubia eſſe potuit, admittat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis viſa eſt. Primum quia quod Paulus initio *d. l. apud conſulem*, 17. *de man. vind.* ait, poſſe apud proconſulem manumitti, poſtquam urbem egreſſus eſt, idem eum intellexiſſe omnino veriſimile eſt & in eo, quod mox ſubjicit, de legato, ut ſcilicet & apud eum manumiſſio procedat, ſimulatque urbem egreſſus ſit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in *d. l. 2. §. 1. de off. proconſ.* negat apud legatum manumiſſionem fieri poſſe, nempe quia talem juriſdictionem non habet, admiſſa ſuperiore

riore diſtinctione inepta plane eſt: Nam legatus antequam provinciam ingreſſus juriſdictionem a proconſule accepit, nullam omnino habet, ac ne mandari quidem ei ante juriſdictio a proconſule poteſt, *l. 4. §. poſt hac, 6. de off. procons.* Poſtremo ratio ab Ulpiano allata in *l. 3. eod. tit.* quod omnino non ſit apud legatum legis actio, manifeſto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingreſſo a proconſule mandata eſt juriſdictio. Quod ſi juriſdictio in hac cauſa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, ſimulatque proconſul ipſe eam potuit exercere, id eſt, ſtatim quam urbem eſſet egreſſus. Suſpicor igitur lectionem *d. l. 17.* mendoſam eſſe, & pro *apud legatum ejus*, reponendum, *apud legatum Caſ.* id eſt, *Cæſaris*, erroremque natum ex notis *ejus* & *Caſ.* quod & ante me nonnulli alii ſuſpicati ſunt, teſte Gothofredo. Eſt autem legatus Cæſaris idem, qui paſſim præſes provinciæ appellatur, *l. pen. ff. de off. præſ.* & probabile admodum eſt, juriſconſultum oſtendere voluiſſe idem proconſulis & præſidis hac in cauſa jus fuiſſe, atque apud utrumque ſimulac urbem egreſſi eſſent, manumiſſionem expediri potuiſſe.

12. Tutoris quoque datio ex ſpeciali conceſſione eſt, non juriſdictionis ordinariæ, *l. 6. §. 2. ff. de tutel.* idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, præſides provinciarum ex lege Julia & Titia, *pr. Inſt. de Attil. tut.* poſtea conſules, & mox prætores ex conſtitutionibus, *§. 3. Inſt. eod. tit.* Quapropter nec hanc poteſtatem mandante magiſtratu tranſire traditum eſt *l. 8. de tut. dat.* nec obſtat, quod apud Juſtinianum legimus, juſſu præſidum magiſtratus municipales tutorem dare poſſe, *§. 4. Inſt. d. Attil. tut.* Nam hoc non ita accipiendum eſt, quaſi vi juſſus aut mandati magiſtratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus ſpecialiter datum eſt *l. 3. de tut. dat.*) ſed quod non ante hoc jus uſurpare poterant, quam rem ad præſidem, cujus priores partes erant, detuliſſent, iſque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, ad eos remiſiſſet, *l. 1. §. ſi præſes, & 1. ſi curatores, ff. de magiſt. conven.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum a proconſule juriſdictione tutorem dare poteſt, *l. 13. junct. l. pen. de off. procons.* cæterum non propter mandatam juriſdictionem; ſed quia id ei ſpecialiter datum eſt oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Merum imperium mandari non potuiſſe, quod & ipſum ex ſpeciali conceſſione magiſtratibus quibuſdam competit, ſupra relatum eſt, ſed hoc a juriſdictione remotum.

13. Illud hic quæſitum eſt, an etiam cauſæ cognitionis prætoriæ mandari poſſint, hoc eſt, cauſæ, de quibus ipſi magiſtratus ex officio cognoſcebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque uſitatum, ſine ſolennibus & ſtrepitu judicii, ſine formula expediebantur & diſceptabantur a magiſtratu ipſo: cujuſmodi cauſæ erant, cognitio de ſalariis advocatorum, medicorum, profeſſorum liberalium artium, *l. 1. de extraord. cognit.* perſecutio fideicommiſſi, *l. pecuniæ, 17. §. 2. ff. de verb. ſignif.* Ulpian. *in fragm. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in poteſtate ſunt, *l. 1. §. 2. ff. de rei vind.* reſtitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. in cauſæ, 13. §. 1. l. quod ſi, 24. §. ult. ff. de minor.* Et quidam exiſtimaverunt hujuſmodi cauſas mandari non poſſe, inter quos & D. Cujacius *lib. 7. obſ. 24. & in d. l. pecuniæ, 278. §. 2. de verb. ſign.* ubi ait eas magiſtratui ſpecialiter conceſſas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hiſce cauſis judex dari non potuit, *l. 2. C. de pedan. judic.* ex eo non continuo ſequitur, nec mandari potuiſſe: quod enim judex in his cauſis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum cauſarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d. l. quod ſi 24. §. ult. de minor.* Ex hoc edicto, inquit ibi Paulus, nulla propria actio vel cautio proficiſcitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Ratio autem nulla eſt, cur minus juriſdictio in his cauſis, quam in aliis mandari poſſit, quod & Scipio Gentilis *lib. 1. de juriſd. c. 20.* bene obſervavit. Nimirum cognitio prætoria vel præſidialis eſt etiam in eo, cui mandata eſt juriſdictio, licet non ſit in judice dato. Quæ decretum requirunt & pro tribunali explicanda ſunt, prætorem deſiderari dicuntur, *l. ubicumque, 105. de reg. jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui juriſdictio mandata eſt, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur, ſed tantum judices pedanei & magiſtratus municipales qui pro tribunali non cognoſcebant: atque hinc explicandum quod dicitur in *l. 1. §. ſuſpecti, 11. ff. ad ſen. Turp.* ſuſpecti tutoris accuſationem tantum pro tribunali examinari poſſe, neque de hac quæſtione alium, quam præſidem poſſe pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata juriſdictione tranſire conſtat, *l. 1. §. 4. ff. de ſuſpect. tut.*

14. Plane ſi quis quærat, an juriſdictione ſimpliciter mandata, etiam cognitio ſuper hujuſmodi cauſis tranſlata intelligatur, reſponderem non intelligi tranſlatam: neque enim omnia, quæ ſpecialiter mandari poſſunt, in genere mandata juriſdictione tranſeunt, per *l. 4. de off. ejus junct. l. 1. §. 4. ff. de ſuſp. tut.* ubi reſcripto deciſum, non an cognitio de ſuſpectis tutoribus in ſpecie mandari potuerit, ſed an juriſdictione ſimpliciter mandata, illa quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, ſed quædam requirunt mandatum ſpeciale: quos caſus collegit Mozz. *c. de diviſ. mand. n. 11. & ſeqq.*

15. Me-

15. Memini quoque quæſitum eſſe, an mixtum imperium mandari poſſit. Sed hæc quæſtio mihi inepta atque abſurda videtur, niſi ita accipiatur, an mandata juriſdictione ſimul imperium, quod non eſt merum, transeat. Inauditum quippe eſt imperium mixtum, quod juriſdictionis tuendæ cauſa comparatum eſt, veluti multam exigere, pignora capere, quod eſt apparitorum, ſeorſum mandari ſine juriſdictione. Quod ſi ita quæſtio proponatur, an mandata juriſdictione etiam imperium mixtum in eum, cui juriſdictio mandata eſt, transeat, nullam cauſam video, cur id affirmare dubitemus, cum ſine ullo imperio juriſdictio explicari nequeat, & ſunt in eam rem textus expreſſi in *l.* 1. §. 1. *l. ult.* §. *ult. de off. ejus*. Plane imperium mixtum, quod juriſdictioni extraordinariæ & adventitiæ ſubſervit, mandata juriſdictione non magis tranſit quam ipſa illa juriſdictio.

CAPUT IX.

Quando Juriſdictio mandata, quatenus & quo effectu tranſlata intelligatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando juriſdictio mandata intelligatur.*
2. *Quid interſit, magiſtratus an Princeps juriſdictionem mandet, item n.* 3. *&* 4.
5. *Ex quo æſtimandum, quatenus juriſdictio tranſeat.*
6. *Juriſdictionem mandatam ſic transferri, ut ſemper maneat aliena, ejuſque rei effecta.*
7. *Neque hinc excipiendum eſſe legatum proconſ. ubi explicatur* leg. 4. §. ultim. de off. proconſ.
8. *Sententia* l. 13. eod. tit.
9. *Explicatio* l. 2. quis a quo app.
10. *In eum, cui delegata eſt juriſdictio, etiam mixtum tranſire imperium, ubi inſignis veterum interpp. error reprehenditur.*
11. *Sententia* l. 13. ff. h. t.
12. *Apud Belgas morem delegandi judices fere exoleviſſe.*

1. MANDATA juriſdictio intelligitur, ubi magiſtratus dicit ſe mandare aut delegare alicui juriſdictionem ſuam, ſe juriſdictionem ſuam alicui exercendam dare, ſive velle ſe, ut quis in juriſdictione vice ſua & partibus fungatur, ſive juriſdictionem ſuam alicui dare, *l.* 3. *l.* 4. *de off. ejus*, *l. ſolet*, 16. *ff. hoc tit.* Neceſſe autem eſt, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioqui ei non creditur, *c. cum in jure* 10. *de off. deleg.*

2. At enim multum intereſt, Princepsne, an magiſtratus his verbis utatur: nam ſi magiſtratus quibuſcunque ex ſuperioribus verbis uſus fuerit, nihil amplius, quam mandaſſe juriſdictionem intelligitur. Quod ſi magiſtratus judicem dare ſe aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec juriſdictionem habeat, neque alium judicem dare poſſit, nec ſententiam, quam tulerit, valeat exequi, *l. a judice*, *C. de judic. l.* 5. *l. a Divo*, 15. *ff. de re judic.* quod contra eſſet, ſi his verbis juriſdictio mandata intelligeretur, *l.* 2. *l.* 3. *in fin. h. t. lib. ult.* §. 1. *de off. ejus.*

3. Utrumque hoc contra in Principe. Cum princeps juriſdictionem alicui dedit, in eam propriam habebit, non tanquam mandatum: utpote quæ tanquam a lege profecta ſit: ſiquidem poteſtas dandi & efficiendi propriam, quam magiſtratus non habent, in Principe cum voluntate concurrit, per *l.* 6. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *ff. de conſt. princ.* Effectus hic, ut ne finiatur hæc juriſdictio morte Principis, quod contra futurum erat, ſi mandata tantum intelligeretur, *d. l.* 6. *h. t.* Rurſus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & juriſdictionem mandaſſe intelligitur, id quod poteſtas huic judici tributa manifeſto probat. Nam qui a Principe judex datus eſt, is etiam alium judicem dare poteſt; atque ab hujus ſententia appellatur is, qui eum dedit, non Princeps, *l.* 1. *C. de judic. l. un. in fin. C. qui pro ſua juriſd.* junct. *l.* 1. *l. ult. ff. quis a quo appell.* Atque hanc mentem eſſe Principis cauſam aliquam delegantis exiſtimari par eſt, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipſa executio majeſtate ejus eſt inferior.

4. Cæterum cum mandata duntaxat juriſdictio in perſona judicis a Principe dati accipiatur, idcirco morte Principis ea finitur, *d. l.* 6. *ff. h. t.* Hinc jam facile intelligi poteſt, quatenus recipiendum, quod vulgo tradunt, delegatum Principis ſubdelegare poſſe, nempe poſſe eum alium judicem dare; idque ſemper, non tantum ſi propriam habeat ex datione Principis juriſdictionem, ſed & ſi mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoſcimus, qui vel judex a Principe datus ſit: juriſdictionem autem alii delegare non poſſe, niſi ex voluntate Principis ejus propria facta ſit: quod ut jam diximus, contingit etiam juriſdictione a Principe mandata.

5. Quatenus mandata juriſdictio tranſeat ex ipſo mandato æſtimandum eſt, quemadmodum & in cæteris rebus omnibus fines mandati cuſtodiendos eſſe conſtat, *l. ſolet*, 16. *& ll. ſeqq. ff. h. t. l.* 5. *ff. mand.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut petat palam commiſſionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum ſit. Poteſt & ipſe committens ſuper dubio conſuli. Gail. 1. *obſ.* 35. *n.* 3. *& ſeqq.* Et igitur ſi tota juriſdictio mandata eſt, univerſa tranſit, ut tamen ſemper excepta eſſe intelligantur, quæ mandanti ſpecialiter conceſſa ſunt: nam abſurdum eſſet generali oratione plus tribui & concedi poſſe, quam ſpeciali, *l. ſo-*

Digitized by Google

l. ſolet, 16. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *de off. ejus*. Si pars tantum mandata, puta in certas perſonas aut cauſas, nihil amplius, quam quod mandatum eſt, tranſit, *l. prætor*, 17. *ff. h. t.* Quinimo etſi ſimpliciter & indefinite juriſdictio mandata ſit, ea tamen, quæ ſunt cognitionis prætoriæ, tranſire non puto, ſed ut tranſeant, opus eſſe mandato ſpeciali, ſecundum ea, quæ dicta ſunt capite præcedenti.

6. Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus tranſire, ut ſemper ſit aliena juriſdictio, neque pro ſuo imperio quicquam agat is, qui mandatam juriſdictionem ſuſcepit, etiamſi & ipſe prætor ſit: ſed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de off. ejus*, *d. l. ſolet*, 16. *ff. h. t.* Unde eſt, quod ab eo, cui mandata eſt juriſdictio, non provocatur is, qui mandavit, ſed ille, a quo ipſe provocaretur, *l.* 1. §. 1. *ff. quis a quo appell.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconſulis: nam & legati juriſdictio vicaria & aliena eſt, poſitumque in arbitrio proconſulis utrum juriſdictionem mandet, vel non mandet; quamvis mandatum temere aut inconſulto principe revocare nequeat, *l.* 6. §. 1. *l. legat.* 13. *de off. proconſ.* Neque ei quod dicimus, adverſatur reſponſum Ulpiani *l.* 4. §. *ult. d. tit.* hoc enim juriſconſulti pronuntiato, *proconſul ingreſſus provinciam mandare juriſdictionem legato ſuo debet*, non ſimpliciter injungitur proconſuli juriſdictionis mandandæ neceſſitas; ſed verbum *debet* in hoc reſponſo ad tempus, quo mandanda juriſdictio eſt, refertur, præſuppoſita mandandi voluntate: ut hic ſit ſenſus, ſi vult mandare, debet hoc facere provinciam ingreſſus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconſul juriſdictionem poſſit vel debeat, ſed quando debeat, nimirum poſtquam provinciam ingreſſus eſt. Atque hanc eſſe ſententiam juriſconſulti evincit ratio ab illo ſubjecta: ait enim abſurdum eſſe, ut proconſul mandet juriſdictionem, prius quam ipſe juriſdictionem nactus ſit. Sed etſi hoc largiremur, proconſulem præciſe debere juriſdictionem legato ſuo mandare, ex eo tamen non protinus ſequitur, eam legati propriam fieri: nam alioqui & ipſe eam mandare alii poſſet, nec morte proconſulis ſolveretur, quod utrumque ſecus ſe habere oſtendimus capite proxime præcedenti.

8. Multo minus ex eo, quod Pomponius *l.* 13. *de off. proconſ.* ſcribit, legatos proconſulis nihil proprium habere, niſi a proconſule mandata eis fuerit juriſdictio, inferri poteſt; ergo ubi mandata eſt juriſdictio, eam habent propriam: ſed hoc tantum, ergo mandata juriſdictione, quædam propria habent, atque hoc ſuo ſenſu recte dici non negamus, hujus autem generis ſunt, quæ ſpecialiter legato tributa, occaſione quidem, ſed non vi mandatæ juriſdictionis, veluti tutoris datio, *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* judicis dandi licentia, *l.* 12. §. 1. *ff. de jud.* jus multæ dicendæ, *l.* 2. *in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria eſſe dici poſſunt, quia ea a proconſule non recognoſcit, quod fuſius expoſui *cap. præced.*

9. Sed quærat aliquis, ſi legatus propriam juriſdictionem non habet, quæ ſit ratio, quod a legato appelletur proconſul, *l.* 2. *ff. quis a quo appell.* cum a cæteris, quibus delegata eſt juriſdictio, provocetur, non qui mandavit, ſed ille, qui provocaretur ab ipſo delegante, *l.* 1. §. 1. *eodem*. Reſpondeo, non exiſtimo perpetuum eſſe, ut a legato provocetur proconſul, ſed in iis duntaxat cauſis obtinuiſſe, quas diximus ex ſpeciali conceſſione, non vi mandatæ juriſdictionis ad legatum pertinere; puta ſi tutoris aut judicis a ſe dati excuſationem non admiſerit, aut multam alicui dixerit. Neque huic reſponſioni noſtræ refragatur Venulejus in *d. l.* 2. *quis a quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit ſimpliciter proconſulem a legato appellari, ſed appellari poſſe: nempe aliquando, & poſitis, ut loquuntur, terminis habitibus.

10. Porro cum is, cui juriſdictio mandata eſt, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut ſupra demonſtravimus, etiam imperium mixtum, quod juriſdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum eſt, tranſeat, poterit utique mandatarius & ſententiam, quam dixit, ipſe exequi, *leg.* 1. §. *ult. leg. ult.* §. 1. *de off. ejus*, *leg.* 2. *ff. hoc tit.* Atque inſignis veterum interpretum hic error eſt, qui negant, poſſe delegatum juriſdictionis ſententiam ſuam executioni mandare, Bart. & DD. *in leg. a D. pio*, 15. *ff. de re jud.* & *leg.* 5. *ff. hoc tit.* quos ſequitur Gail. *lib.* 1. *obſ.* 97. *num.* 7. Decepit eos *d. l.* 15. *pr. de re jud.* quoniam non animadverterunt Juriſconſultum illic loqui de judicibus datis ſeu pedaneis, non de eo, cui mandata eſt juriſdictio. Nimirum illi confundunt mandatarium juriſdictionis cum judice pedaneo: item mandare juriſdictionem & judicem dare aut delegare: unde exiſtimarunt nec judicem dari poſſe ab eo, cui delegata eſt juriſdictio, per *l.* 5. *ff. h. t. l. ult. de off. ejus*. Sed longe aliud eſt juriſdictionem mandare aut delegare, aliud ſimpliciter dare judicem. Qui juriſdictionem mandat, is quidem etiam judicem conſtituit, ſed cum imperio & poteſtate exequendi: quod is, cui juriſdictio mandata eſt, hoc eſt, commiſſa alienæ juriſdictionis exercitio, facere non poteſt. Judicem vero dare non prohibetur, *l.* 1. *l.* 3. *ff. h. t.* quia judice dato non transfertur juriſdictio, ſed nuda ſolummodo notio conceditur, id eſt, facultas cognoſcendi & judicandi ſine judicati exequendi poteſtate, *l.* 5. & *d. l.* 15. *de re jud.*

11. Obſtare creditur reſponſum Ulpiani in *l. eum, qui*, 13. *pr. ff. hoc tit.* ubi Juriſconſultus ait eum, qui judicare jubet, Magiſtratum eſſe opor-

oportete. Is autem, cui juriſdictio mandata eſt, non eſt Magiſtratus. Verum *παχυμερέστερον* hunc locum accipi oportet, non ut excludatur is, cui mandata eſt juriſdictio, qui vice magiſtratus fungitur, ſed ut intelligamus non poſſe jubere judicare eum, qui magiſtratus nunc non ſit, aut juriſdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, judicem dederit, ſecundum id, quod ſtatim ſubjicitur, §. 1. *d. l.* 13. Pet. Fab. *in l. nemo poteſt*, 70. *de reg. jur.*

12. Mos dandi judices apud nos in totum exolevit: nam delegati a Collegiis, quos Commiſſarios appellamus, huc non pertinent: neque ab iis, qui ſummæ rei præſunt, in cauſis reviſionum aliiſve extra ordinem delegatis. Et jam olim a Diocletiano ipſis magiſtratibus cognoſcendi & judicandi impoſita neceſſitas, extra quam ſi vel occupationibus publicis, vel multitudine cauſarum ipſi cognoſcere impedirentur, *l. 2. C. de pedan. judic.* Ac neque illud apud nos moris eſt, ut magiſtratus delegent juriſdictionem ſuam. Quomodo & quando mandata & tranſlata juriſdictio finiatur, quæ quæſtio ex quatuor ſupra c. 8. propoſitis, poſtrema eſt, dicetur in commune *c. ult.*

CAPUT X.

De juriſdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1. *Juriſdictio prorogata quid ſit, & quo colore ſuſtineatur?*
2. *Non eſſe locum prorogationi niſi inter eos, qui communi imperio ſubjecti.*
3. *Nec niſi in diverſis magiſtratibus, qui non ſint ſimul domini territorii.*
4. *In prorogatione ſolum partium conſenſum requiri.*
5. *Eum, in quem conſenſum eſt, aliquam juriſdictionem habere debere.*
6. *An mandata juriſdictio poſſit prorogari, & num. 7.*
8. *Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo ſtatuunt, illam de loco ad locum jure noſtro parum convenire, item n. 9. & 10.*
11. *An juriſdictio judicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in ſuo territorio jus dicat.*
12. *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi exponitur l. 2. §. 2. ff. de judic.*

1. SPECIES altera juriſdictionis non propriæ eſt, quæ dicitur prorogata. Prorogatio juriſdictionis nihil aliud eſt, quam juriſdictionis extra fines ſuos conſenſu privatorum facta productio: Hanc ergo juriſdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujuſque juriſdictio ſuis terminis circumſcripta ſit, extra quos eam ſine prorogatione exercere non liceat, *l. ult. ff. h. t. l. 1. l. 2. ff. de judic.* Cæterum quod de mandata juriſdictione traditum eſt *l. 6. ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dari aut deferri a lege; ſed mandatum lege confirmari, hoc vel magis dicendum eſt de prorogata, ſcilicet eam quoque lege confirmatam eſſe; & haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas pertinet: niſi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut ſententiis magiſtratuum aut judicum excedentium modum juriſdictionis aut notionis ſuæ ſtandum eſſet, per *l. 3. C. h. t.*

2. Hoc autem evidens argumentum eſt, non eſſe prorogationi locum, niſi inter eos, qui communi imperio, & verbi cauſa uni eidemque Principi ſubjecti ſunt. Nam exempli gratia ſi ſubjectus regis Galliæ proroget juriſdictionem magiſtratus Belgici, prorogatio iſta non eſt efficax. Et quod dicitur magiſtratum unum debere exequi ſententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magiſtratibus, qui ſubjecti ſunt uni atque eidem capiti; aut eſt meræ gratiæ. Atque ex hoc fundamento defenditur conſtitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare juriſdictionem judicis laici, *c. ſignificaſti*, 38. *c. ſi diligenti*, 12. *de for. compet.* Jure autem civili id ſecus eſt, *l. pen. C. de pact. l. placet*, 17. §. 1. *C. de epiſc. & cleric. Nov.* 123. *c.* 21. *& ſeqq.*

3. Sed & prorogationi duntaxat locus eſſe videtur in diverſis magiſtratibus, qui meri ſunt & ſimplices magiſtratus: quippe, quorum nihil intereſt propagari alterius juriſdictionem: ſecus autem eſſe in iis, qui ſimul ſunt toparchæ & domini territorii habentes juriſdictionem patrimonialem; ne ſcilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id eſt, ne cogantur carere fructibus juriſdictionis ſuæ, ut loquuntur, puta multis aliiſque pœnis pecuniariis, quæ lucro talem juriſdictionem habentium cedunt, *fac. c. ex tranſmiſſa, x. de for. comp.*

4. Illud ante omnia pro certo habendum eſt, prorogationem eſſe actum partium, ac proinde non aliorum conſenſum hic exigi, quam ipſorum litigatorum: ac ne ejus quidem, cujus juriſdictio prorogatur; denique nec judicis ordinarii ſive competentis, utpote cui nihil adimitur, *l. 2. §. 1. ff. de jud.* Vult. *in l. 1. C. h. t. n.* 66. Sane quidem ut invitus jus dicat is cujus juriſdictio prorogata eſt, cogi non poteſt: cæterum ſi dixerit, etiamſi crediderit ſuam eſſe juriſdictionem, valebit quod inter conſentientes ſtatuerit, *d. l. 2. §. 1. ff. de jud.* Vult. *ad d. l. 1. n.* 168. *C. h. t.* Duar. *ad tit. de jud. cap. de foro comp.* Gail. 1. *obſ.* 40. *n.* 3.

5. Nec minus illud ſemper conſtitit eum in quem conſenſum eſt, aut tribunali præeſſe aut aliam juriſdictionem habere debere, *l. 1. ff. de jud.* neque enim poteſt privatorum conſenſus juriſdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico conceſſam habeat, nec quod is ſtatuit,

judicati continere auctoritatem, *l. 3. C. hoc tit.* Denique quod non eſt, prorogari non poteſt, *l. 5. ff. de præcar.*

6. Dubitatum eſt de juriſdictione mandata, an & illa prorogari queat, negant. Bart. in *l. 1. ff. de jud. n. 5.* Cyn. Salic. Vult. *in l. 1. C. hoc t.* Scip. Gentil. *l. 2. c. 13.* Ajunt Zaſ. *in l. ſi per errorem, 15. ff. h. t. n. 15.* Bald. *in d. l. 1. ff. de jud.* Duar. *c. 2. de juriſd.* Bocer. *c. 7. num.* 20. Prior ſententia obtinere videtur jure Canonico *c. cum olim, 32. &c. P. & G. 4. de off. & pot. jud. deleg.* poſterior jure civili, *d. l. 1. ff. de jud.* Ubi Juriſconſultus ait, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſſe juriſdictionem: neque enim hoc alium ſenſum habet, quam ſi dixiſſet, prorogari poſſe conſenſu partium non modo juriſdictionem propriam, verum etiam mandatam. Aſſentior autem Baldo *in d. l. 1. in addit. ſua fin.* Bocero *d. c. 7.* diſtinguentibus, utrum univerſa juriſdictio mandata ſit, an pars tantum & in ſpecie ad unam aliquam cauſam: ut illo caſu etiam mandatæ juriſdictionis prorogationi locus ſit, hoc non item. Ac de poſteriori hoc caſu loca illa juris pontificii intelligenda eſſe apparet ex ipſo contextu: neque hoc caſu aliud juris erit in delegato Principis, *per dd. text.* Ad priorem autem caſum referendus eſt locus Ulpiani *d. l. 1. ff. de jud.* nimirum ad caſum, quo mandata eſt alicui juriſdictio univerſa. Neque hujus diſtinctionis ratio obſcura eſt: nam cum magiſtratus totam ſuam Juriſdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut abſurdum ſit hoc caſu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam cauſam mandatur juriſdictio, extra id, quod mandatum eſt, nihil exerceri poteſt, ne fines mandati excedantur.

7. Objiciunt Salicetus & Sichardus in *l. 1. C. h. t.* quod mandata ſeu delegata juriſdictio ſit limitata ad certam perſonam. Quid tum poſtea? nam & propria ſive ordinaria eodem modo limitata eſt. Quod ſi per perſonas intelligunt perſonas litigantium, jam delegatio erit ſpecialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obſtat quoque, quod ajunt delegatum non poſſe ſubdelegare: quoniam ex eo non recte collegeris nec juriſdictionem ejus prorogari poſſe. Sunt enim hæc plane diverſa, eum, cui mandata eſt juriſdictio, alteri eandem mandare, & ei ipſi juriſdictionem conſenſu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ ſufficere: qui tamen volent, adire poterunt Enucleat. Don. *lib. 17. comm. c. 10.* & ibid. alleg. lit. P.

8. Interpretes fere quatuor eſſe ſtatuunt juriſdictionis propagandæ modos, de loco ad locum, de tempore ad tempus, de re ad rem (ſub qua ſpecie comprehendo de cauſa ad cauſam, de quantitate ad quantitatem, de caſu ad caſum) de perſona ad perſonam. Sed vereor ne hæc juri noſtro conſentanea non ſint. Nam non ſine cauſa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinenſis ex prorogatione Bononiæ cognoſcere & judicare queat. Affirmant quidem hoc DD. comm. Alex. in *l. ult. ff. de juriſd.* Abbas *in c. novit, 7. de off. & pot. jud. del.* Zaſ. *in l. pen. ff. de juſt. & jur. num. 25.* & porro etiam quærunt, an hic præciſe expreſſus partium conſenſus requiratur, & an etiam neceſſarius conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus, ſive ſaltem tacitus. Sed ſi obtinemus ex ratione juris noſtri nullam eſſe hujuſmodi de loco ad locum juriſdictionis prorogationem, diſputatio illa tota inutilis eſt. Viderunt hoc Bart. *in l. 2. ff. de jud. in pr. num. 7.* Bald. *ib. num. 7.* Salic. *in l. 1. C. hoc tit. num. 5.* nos etiam evidentiſſimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9. Primum conſtat magiſtratus omnes extra fines territorii ſui privatos eſſe *l. 3. de off. præſid. l. ult. de offic. præf. urb. l. ult. ff. hoc tit.* Ac privato tribui juriſdictio conſenſu litigantium non poteſt, *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. hoc t.* & ineptum eſt, quod Alexand. *in d. l. ult. in. ff. h. t.* profert, judicem habere juriſdictionem in habitu, ubicunque ſit: nam valde inſubtiliter juriſdictio comparatur cum habitu, id eſt, vi animi longo uſu & crebris actionibus parta. Imo juriſdictio plane non eſt habitus, ſed jus quoddam & poteſtas in ſubjectos cives publice tributa, certos terminos ac limites ſuos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ juriſdictionis, puta manumiſſio, adoptio, etiam extra territorium apud magiſtratum exerceri poſſunt, non recte intuleris, hac prorogatione in volentes & conſentientes extra fines ſuos etiam extendi poſſe juriſdictionem contentioſam. Nam ex natura juriſdictionis voluntariæ eſt, quod ubique exerceri poſſit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & conſentientes, nec alter poteſt; ſi extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque ſi quis, verbi gratia, ſervum ſuum apud proconſulem nondum provinciam ingreſſum manumiſerit, is non poteſt dici prorogaſſe juriſdictionem proconſulis, non magis, quam ſi apud provinciam jam ingreſſum manumiſiſſet. Manet autem eadem juriſdictionis contentioſæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnes actus voluntariæ juriſdictionis extra provinciam explicari poſſunt: imo nulli ex iis, quæ cauſæ cognitionem pro tribunali deſiderant, quod jam aliquoties a nobis & dictum & demonſtratum eſt.

10. Ad hæc ubi ſemel ex conſenſu partium prorogata eſt juriſdictio, etiam in invitos ea exercetur: at hoc in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi vim

iſtam

iſtam haberet juriſdictio prorogata, ad eam exercendam non opus eſſet conſenſu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri juriſdictionem tribuere, nec ſibi adimere poteſt. Non adverſatur *c. 11. §. in nullo, de reſcr. in 6.* illic enim ſermo eſt de delegato pontificis, quem ranquam delegatum Principis conſtat ubique jus dicere poſſe.

11. Sed nec illud ſimpliciter admittendum eſt, poſſe ita juriſdictionem judicis prorogari, ut quolibet loco in ſuo territorio jus dicat. Nam quæ decretum deſiderant, & cauſæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi ſalva publica majeſtate ſervatoque more majorum jus reddi ſolet, *l. pen. ff. de juſt. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res privatorum pactis mutari non poteſt, *l. neque ex prætorio, 27. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve eſt, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* atque hoc ipſum etiam Mario Solomonio pridem obſervatum eſt in *l. pen. ff. de juſt. & jur.* Quæ vero cauſæ cognitionem non deſiderant, præparatoria judicii, interrogationes, &c. illa quidem alio quoque loco a magiſtratu aut judice tractari poſſunt, & vel domi ſella poſita vel in itinere, *l. 4. §. 1. ff. de interrogat. in jur. fac.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi magiſtratui viſum fuerit. Itaque ex ratione juris noſtri nulla eſt de loco ad locum juriſdictionis prorogatio. Moribus Tranſilvaniæ receptum eſſe ut judices unius territorii in alterius territorio ex conſenſu partium etiam contentioſam juriſdictionem exerceant, adeoque ad inſtantiam unius partis, quæ ſuis id ſumptibus poſtulet, auctor eſt Buſ. *ad l. 2. de off. proconſ. n. 3.*

12. Qui juriſdictionem de loco ad locum recte prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt a prorogatione de tempore ad tempus, quaſi extra controverſiam poſitum eſſet, quod illi ſupponunt, de tempore ad tempus juriſdictionem prorogari poſſe. Nos vero nec hujuſinodi ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam credimus. Proferunt illi ad ſententiæ ſuæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de jud.* At nego textum iſtum ad ullam propagandæ juriſdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Juriſconſultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non juriſdictionem, *l. 5. ff. de re jud.* juſſus eſt litem ſibi commiſſam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis eſt, ut eorumdem expreſſo conſenſu etiam prorogari poſſit, utique ſi & ipſe judex ad tempus datus conſentiat; utrumque enim in hac ſpecie prorogationis deſideratur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipſe judex ſine conſenſu ſuo a privatis oneretur munere judicandi: in ea autem, quæ de perſona ad perſonam dicitur, id neceſſe non eſt. Atque ita quoque hunc locum acceperunt Marant. *p. 4. diſt. 12.* Bald. *in l. 7. C. de epiſc. audient. n. 8.* Caſtrenſ. *in d. l. 2. §. 2. n. 6.* Add. Anton. Sab. *ad d. l. 1. §. 2. in rational.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum a populo aut principe accepit, conſenſu partium juriſdictionem prorogari poſſe, ita ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit, quod nunquam oſtendent. Imo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum juriſdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l. vinum, 22. ff. de reb. cred. l. ſi ſoluturus, 39. ff. de ſol.* nemo tamen tam inſans eſt in arte diſſerendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & in ſpecie propoſita temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perſpicuum eſt, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum uſum eſſe extra ſpeciem, quæ proponitur in *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.*

CAPUT XI.

De prorogatione de re ad rem, & de perſona ad perſonam.

SUMMARIUM.

1. *In prorogatione de re ad rem neceſſe eſſe, ut cauſæ ſint ejuſdem naturæ.*
2. *Quando procedat prorogatio, ſi de aliis cauſis pecuniariis judex aditus ſit, quam quibus præfectus eſt, & n. 3.*
3. *Form. prorogationis de perſona ad perſonam.*
4. *Quomodo & quo effectu ſe quis ſubjiciat juriſdictioni alicujus, & n. 10.*
5. *Quando per prorogationem expreſſam juriſdictio fundata intelligatur, ubi declarantur l. 22. §. 5. ff. ſol. matr. & l. 4. C. h. t.*
6. *Quando tacite juriſdictio prorogata cenſeatur.*
7. *Et an oppoſita exceptione dilatoria.*
8. *Non conſentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus prætoræ compulſi.*
9. *Quid in perſonis eccleſiaſticis & ſtudioſis: ubi & jus harum regionum.*
10. *Effectus juriſdictionis prorogatæ.*

IGITUR duabus prioribus juriſdictionis propagandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, ſuperſunt duæ poſteriores, quarum altera de re ad rem ſive de cauſa ad cauſam, altera de perſona ad perſonam interpretibus noſtris dicitur: atque utriuſque hujus ſpeciei etiam apud veteres uſus fuit. Poſſe juriſdictionem de re ad rem prorogari conſtat ex *l. de qua re 74. §. 1. ff. de*

Digitized by Google

ff. de re judic. l. inter convenientes, 28. *ff. ad munic.*

1. Cæterum & hæc prorogatio intra terminos ſuos cohibenda. Et primo neceſſe eſt, ut cauſæ ſint ejuſdem naturæ, nec genere ſummo tantum conveniant, ut cauſæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præeſt, is ex prorogatione de criminalibus cognoſcere non poteſt, *l. 1. C. ubi cauſ. Fiſcal.* Sichard. *in l. 1. C. h. t. n.* 8. neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere, *l. ſolemus* 61. §. 1. *ff. de juridic.* Sed nec ejus, cui certarum cauſarum criminalium cognitio conceſſa eſt, audientia ad alias cauſas, licet ejuſdem generis, prorogari poteſt: quoniam in cauſis, quæ aliis exercendæ mandari non poſſunt, nec locus eſſe poteſt prorogationi. Doctorum quidem communis ſententia eſt, poſſe jurisdictionem criminalem prorogari, modo is, de cujus juriſdictione proroganda agitur, habeat jus cognoſcendi de crimine, cujus quis reus poſtulatur, Gail. c. 10. *de pac. publ. n.* 10. at hæc non cauſæ ad cauſam, ſed de perſona ad perſonam prorogatio eſt.

2. Illud hic ſcio quæſitum eſſe, ſi de aliis cauſis pecuniariis, quam quibus præfectus eſt, judex aditus ſit, an ſemper hoc caſu conſenſu partium prorogetur illius juriſdictio. Ego intereſſe arbitrôr, utrum genere cauſarum definita ſit juriſdictio, an ſumma aut quantitate: ſi genere cauſarum, extra illas cauſas juriſdictionem prorogatione non extendi. Ut ecce; ſi prætor tutelaris aut fideicommiſſarius de aliis cauſis, quam quæ ad juriſdictionem eorum pertinent, aditi fuerint, nego eos de hujuſmodi cauſis ex conſenſu partium cognoſcere poſſe: ne ſit in poteſtate privatorum novam alicui juriſdictionem dare. Quod autem legimus poſſe alium prætorem pro alio, cujus juriſdictio eſt, adiri, ut in *l. ſi per errorem*, 15. *l. ſi convenerit*, 18. *ff. h. t.* id ſic accipiendum eſt, ſi utriuſque juriſdictio ſit indefinita, puta ſi prætor peregrinus aditus ſit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Gloſſa. Neque obſtat huic diſtinctioni *l. 1. C. h. t.* Nam & procuratoris fiſci generalis eſt juriſdictio in cauſis civilibus: quod vero hactenus ea reſtricta eſt, ut tantum privatos inter & fiſcum procurator cognoſcat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæ formæ prorogationis ad eam, quæ de perſona ad perſonam vulgo appellatur. Atque hanc etiam arbitror eſſe ſententiam plerorumque interpretum, Gloſſ. *in d. l. inter convenientes*, 28. *ad munic. Patorum*, *in c. P. & G. de offic. & pot. jud. del.* Jaſ. *in d. l. ſi per errorem*, *h. t. col.* 1. Coſtal. *in l. ſolemus*, 61. §. 1. *ff. de jud.* Sichard. *in l. 1. Cod. hoc titul. num.* 8. qui omnes definiunt, prorogationem fieri non poſſe in rebus diverſi generis, & exempli gratia, non poſſe judicis, cui de controverſiis certarum mercium cognitio data eſt, juriſdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3. Quod ſi ſumma aut quantitate definita ſit alicujus juriſdictio, hic prorogationem admittimus, propter connexionem & affinitatem, quia ſit in eodem genere: quamquam ex hac prorogatione jus de majori ſumma cognoſcendi conſequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoſcit, *l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de jud. l.* 28. *ad munic.* Quamvis igitur, ut ex Quintil. *lib.* 3. *c.* 6. diſcimus, fideicommiſſorum Juriſdictio ita partita fuit, ut prætor fideicommiſſarius uſque ad certam ſummam de his cognoſceret, de majore ſumma conſules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani *in fragm. tit.* 25. §. 10. tamen hic ex conſenſu partium prætori juriſdictio prorogari, & de ſumma etiam prætoria cognitione majore adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d. l. qua re*, 74. §. 1. *ff. de jud.* agi de ſimplice & pedaneo judice, ſicut in *d. l.* 2. §. 2. *ff. eod. tit.* ſed falſo. Nam judici pedaneo uſus aliquis actus tantummodo committi ſolet, præſcripta certa formula & reſervata danti poteſtate exequendi. At in *d. l. quare*, §. 1. agitur de judice, qui ſimul juriſdictionem aliquam habet; quippe qui conſtitutus ſit non ad unam aliquam cauſam, ut in *d. l.* 2. §. 2. *de judic.* ſed generaliter ad cauſas omnes, cæterum uſque ad certam ſummam, *fac. l.* 28. *ad munic.*

4. Supereſt ſpecies prorogationis notiſſima atque uſitatiſſima de perſona ad perſonam, de qua tractatur in *l. ſi per errorem*, 15. *l. ſi convenerit*, 18. *ff. h. t. l. 1. l. 2. pr. ff. de judic. l. 1. l. 3. C. h. t.* atque ad hanc fere ſolum pertinet diſtinctio prorogationis in expreſſam & tacitam, quæ in hac diſputatione maxime principalis eſt. Si id quod brevi definitione complexus eſt Ulpianus *l. 1. ff. de judic.* paulo latius explicuerimus, poterit res tota facile percipi. Ait, *Si ſe ſubjiciant aliqui juriſdictioni & conſentiant in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio.*

5. Subjicit qui ſe juriſdictioni alicujus vel expreſſe, vel tacite, id eſt, vel aperta conventione, vel re ipſa & facto. Conventio hæc aut nuda eſt & ſimplex, aut juſta & legitima. Qui ſimpliciter extra judicium in alium judicem conſenſit, ſententiam mutare, prius quam is adeatur, impune poteſt: nempe ubi de propaganda juriſdictione judicis incompetentis & de paciſcente obligando agitur, breviter, ſi convenerit, ut alterius juriſdictionem ſubeat, *d. l. ſi convenerit*, 18. *ff. h. t.* junct. *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Quando autem paciſcendo non id egit, ut ſe alterius Juriſdictioni ſubjiceret, ſed ne fori præſcriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione ſervari poteſt, *l. pen. C. de pact.* & ibi Donel. *n.* 4. Juſta autem & legitima conventio,

Digitized by Google

tio, qualis jure civili eſt ſtipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea naſcitur, non poteſt. Non utique, quod is, qui id juſta conventione caverit, diſtricte cogatur, judicis, cujus ſe juriſdictioni ſubjecit, audientiam ſequi: ſed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod intereſt adverſarii, aut pœna ſubjecta adverſus eum committatur, ut tenent omnes DD. *in d. l. ſi convenerit*, 18. *h. t.* teſte Zaſ. *ibid. n.* 13. Hodie autem hæc conventionum diſtinctio ſupervacua eſt, cum etiam nudo ex pacto actio nunc naſcatur, juxta ſcita juris Canonici *c.* 1. *& c.* 3. *C. de pact.*

6. Enimvero ſi ex conventione litigatores etiam prætorem adierint, iſque partes ſuas interponere cœperit, tunc ex ratione juris noſtri juriſdictio prorogata intelligitur, etiamſi lis nondum conteſtata ſit, *d. l. ſi convenerit*, *ff. hoc tit.* Vult. *ad l.* 1. *C. hoc tit. n.* 152. Bachov. *de juriſd. prorog. n.* 12. Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis conteſtationem requirunt, *arg. l. ſi cum dotem*, 22. §. 5. *ff. ſolut. matrim. & l.* 4. *C. hoc tit.* ſed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d. l.* 22. §. 5. *ſol. matrim.* quæritur quo tempore filia patri dotem repetenti conſentire debeat, & reſpondet Juriſconſultus, quo lis conteſtatur: ſi vero ante dixerit ſe patri conſentire, & prius quam lis conteſtetur, mutaverit voluntatem, fruſtra patrem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum conteſtata juriſdictionem fundari per prorogationem expreſſam: hoc enim nihil commune habet cum iſto. Et ſi procedere velimus argumentationem, ponendus eſſet caſus, quo filia in jure patri conſenſit. Adde quod per conſenſum filiæ inducatur quædam actionis ceſſio, & junge *l.* 3. *C. de novat.* Alter autem locus, nempe *l.* 4. *C. hoc tit.* intelligendus eſt de prorogatione tacita; expreſſæ vero ut plus tribuatur, ratio ſuadet: durumque omnino eſt *d. l. ſi convenerit*, *ff. hoc tit.* accipi de litis conteſtatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in jure apud prætorem expediebantur.

7. Re ipſa & facto ſe quis ſubjicit juriſdictioni alicujus, ſi ad non ſuum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id eſt actionem ſuſcepit, ſive litem conteſtatus eſt, omiſſa fori præſcriptione, *l. ſed & ſi*, 25. *ff. de jud. l.* 4. *C. hoc tit.* Cæterum ante litis conteſtationem ſi reus quid dixerit aut fecerit, verbi cauſa, ſi deſideraverit ſibi edi genus actionis, non videtur in judicem conſenſiſſe, *l. non videtur*, 33. *ff. in judic.* Nemo enim editionem actionis poſtulat, ut neget, quod intenditur; ſed ut cognoſcat qua actione conveniatur, eoque cognito ſecum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere ſibi magis expediat, *l.* 1. *ff. de edend.* Joann. & Azo. *in l.* 1. *ff. de judic.* Zaſius *ad l. ſi convenerit*, 18. *num.* 3. *&* 4. *hoc tit.* Itaque duæ res hic reum juriſdictioni ſubjiciunt, ſuſceptio judicii quaſi ex contractu, *arg. l.* 3. §. *idem ſcribit*, 11. *ff. de pecul.* deinde fori præſcriptionis initio litis opponendæ omiſſio, *l. ult. C. de except.* aut verius ſola litis conteſtatio.

8. Interpretes noſtri etiam exceptione dilatoria oppoſita juriſdictionem tacite prorogari cenſent, quaſi & hoc modo lis conteſtetur, & ideo ſuadent, ut reus comparens, ſi hujuſmodi exceptionem proponere velit, utatur, proteſtatione de non proroganda juriſdictione, niſi quatenus jure teneatur, Zaſ. *in d. l.* 18. *n.* 29. Salic. *in l.* 1. *C. h. t. n.* 4. Sich. *ibid. n.* 7. Mynſ. 4. *obſ.* 27. Gail. 1. *obſ.* 33. *n.* 11. *&c.* verum hoc non eſſe juris noſtri civilis rationi conſentaneum bene oſtendit Bachov. *de juriſd. prorog. n.* 13. utut forte in praxi obſervatur.

9. Ait Ulpianus in *d. l.* 1. *ff. de jud. & conſentiant*, *in conſentientes &c.* nam ſi quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus juriſdictionem eſſe, cujus non erat, aut viribus præturæ compulſus admiſerit, non valebit, quod actum eſt, *l. ſi per errorem*, *ff. h. t. l.* 2. *pr. ff. de jud.* Plane non aliorum hic conſenſum requirimus, quam ipſorum litigatorum, ac ne judicis quidem adiri, *d. l.* 2. §. 6. quod latius expoſitum ſupra eſt, ut & reliqua definitionis propoſitæ.

10. In ſumma ſive exterus quis, ſive miles, ſive paganus, ſive ſtudioſi, ſive perſonæ eccleſiaſticæ alterius judicis, quam ad cujus juriſdictionem pertinebant, audientiam ultro ſecuti fuerint, in conſentientes cujuſvis judicis eſt juriſdictio, *d. l.* 1. *ff. judic. l.* 1. *C. hoc tit. l. pen. C. de pact.* dummodo jus dicat in ſuo territorio, & cauſæ, de quibus aditus eſt, ad juriſdictionem ejus pertineant.

11. Eccleſiaſticis quidem perſonis proprii judices attriburi poſteriorum imperatorum conſtitutionibus, *l. placet*, 17. *C. de epiſc. & cleric. auth. ſtatuimus*, *C. de epiſc. audient.* uti & ſtudioſis, *auth. habita*, *C. ne fil. pro patr.* ſed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius juriſdictioni ultro ſe ſubjiciant, & privilegio ſuo renuntient, nihil eſt impedimento, *d. l. pen. C. de pact.* Jus autem Canonicum eccleſiaſticos Juriſdictioni magiſtratus politici penitus exemit, *c. ſignificaſti*, *c. ſi diligenti*, *x. de for. compet.* ſed hoc in ditionibus confœderati Belgii non obſervatur. Imo nec jure civili Juſtinianeo epiſcopi juriſdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, ſed audientiam duntaxat id eſt, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in cauſa religionis negotiove eccleſiaſtico, non in alios, vel aliis in cauſis, niſi inter conſentientes, ut patet ex *Novell.* Valentin. *de epiſc. judic. & lib.* 1. *C. Juſtin. tit.* 4. qui ob id non *de epiſcopali juriſdictione*, ſed de *epiſc. audientia* inſcriptus eſt. Cujac. *parat. C. eod.* & plenius clariſſ. D. Theod. Graſvvink *lib. de jur. majeſt. c.* 5. Dixerim autem ſtudioſum aliaque membra Academiæ noſtræ

Leidenſis non poſſe prorogare juriſdictionem magiſtratus urbani, propterea quod juriſdictioni Rectoris & aſſeſſorum privative ſubjiciuntur. *Art. 39. ſtatut. Academ. Leidenſ.*

12. Effectus juriſdictionis prorogatæ hic eſt, tantum judex electus juris in conſentientes habeat, quantum haberet, ſi jure ordinario ad juriſdictionem ejus pertineret. Nam prorogata juriſdictio ejuſdem efficitur naturæ & conditionis, cujus eſt ordinaria. Quamobrem ſi a judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata juriſdictione: ſi mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata. Vaſq. 2. *controv. uſ. freq. 14. n. 25.*

CAPUT XII.

Quibus modis juriſdictio finiatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando prorogata juriſdictio finiatur.*
2. *Quibus modis finiatur mandata.*
3. *Quando res a delegato geri cœpta dicatur.*
4. *Quid juris ſi univerſa juriſdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.*
5. *Revocatione quoque finiri juriſdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis conteſtata.*
6. *Mandata ad certum tempus aut cauſam quando ſolvatur.*
7. *Quibus modis extinguatur juriſdictio propr.*
8. *An præſcriptione amittatur aut acquiratur juriſdictio.*
9. *An pro tuenda juriſdictione magiſtratui competat utilis actio confeſſoria aut negatoria.*

1. PROROGATA juriſdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur ſoluta juriſdictione ejus, cujus prorogata erat, ſive ea propria fuerit, ſive mandata *per l. 6. ff. h. t. l. 3. C. eod. l. 1. ff. de jud.*

2. Mandata iiſdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evaneſcit. Et morte quidem ejus, cui mandata eſt, finiri eam conſtat, cum & propria ſeu ordinaria juriſdictio una cum perſona magiſtratus extinguatur: Cæterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum eſt in *l. 6. ff. hoc tit.* nec eſt contrarium, quod ex ſententia Scævolæ apud Paulum relatum eſt in *l. venditor, 49. §. 1. ff. de judic.* judices a præſide datos etiam in tempus ſucceſſorum ejus durare: nam alia judicum datorum ratio eſt; quoniam cum illi velut ab ipſo officio conſtituantur, exigente id uſitato more judiciorum, notio eorum quaſi propria erat: & inde quoque eſt, quod a ſententiis eorum ipſi magiſtratus qui eos dediſſent, appellabantur, *l. ult. quis a quo app.* cum a ſententia ejus, cui mandata erat juriſdictio, alius provocaretur, quam qui mandaſſet, *d. l. 1. §. 1.*

3. Una hic exceptio, ſi ante mortem mandantis jam res geri cœpta ſit, *d. l. 6. h. tit.* quod plerique ſic acceperunt, ſi is, cui mandata erat juriſdictio, a partibus aditus fuerit, aut ſi jam præceſſerit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti inſinuata, Zaſ. *in l. 6. h. t. n. 57. & ſeqq.* poſt Bart. *ibid. n. 13.* Bald. *n. 5. & 6.* Jaſ. *col. 11. per c. gratum, 20. de offic. deleg.* Gail. 1. *obſ. 74. n. 19.* Atque hoc etiam puto ſatis defendi poſſe ex ratione juris noſtri, *arg. l. ſi convenerit, 18. ff. h. t. l. 7. ff. de judic.* licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis eſt conteſtata. Cyn. *in d. l. 5. n. 18.*

4. Sed quid ſi univerſa juriſdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua cauſa negotium geri cœptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam in cæteris nondum exerceri cœptis poſt mortem delegantis durare juriſdictionem delegati, ut novas cauſas audire adhuc poſſit, ſed in illa duntaxat una, quam gerere cœpit. add. Zaſ. *in d. l. 5. h. t. n. 63.*

5. Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata juriſdictio, per §. *item ſi, 10. inſt. de mand. & fac. arg. in l. 6. §. 1. ff. de offic. proconſ.* ubi tanquam ſpeciale notatur, quod proconſul non niſi conſulto Principe juriſdictionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam poſtquam res geri cœpta eſt, adeoque poſt litem quoque conteſtatam poſſe mandatam juriſdictionem revocari exiſtimo, idque vel ab eo ipſo, qui mandavit, vel a ſucceſſore ejus, quippe cum nullum hic aut delegati aut partium verſetur præjudicium: in quo delegatio juriſdictionis diſſimilis eſt mandato procuratorio, ut bene obſervavit Zaſ. *in l. 5. n. 55. hoc tit.* nec ſimpliciter ergo procedit argumentatio ex *l. 6. eod.* a procuratore ad delegatum juriſdictionis.

6. Denique ſi ad certum tempus alicui mandata ſit juriſdictio, ſolo temporis lapſu extinguitur, ſicut ea, quæ ad certam cauſam delegata eſt, expirat fine negotio impoſito Bocer. *c. 6. n. 62.*

7. Propria juriſdictio ſeu ordinaria magiſtratus poteſtas tunc ſolvitur, cum magiſtratus officium depoſuit vel ſucceſſorem accepit, aut ipſe mortuus eſt: morte autem Principis non finitur, *arg. l. 6. ff. h. t.* Bodin. 3. *de repub.* 2. Et quia ordinariæ ſimilis eſt ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis ſolvi recte ſtatuunt interpretes, ſicut nec merum imperium, quod ſpecialiter a Principe concedi ſolebat, per ea, quæ ſupra *cap. 4.* Patrimonialis autem juriſdictio etiam ad heredes tranſit; ſed talem nudi magiſtratus non habent.

8. Quæſitum eſt, an & præſcriptione amittatur juriſdictio: ſed hujus quæſtionis deciſio pendet ab alia, nempe an juriſdictio præſcriptione poſſit acquiri: prius enim eſt, ut ita

acquiri

acquiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo ſtatuunt juriſdictionem non tantum dari poſſe ab iis, penes quos eſt ſumma in repub. poteſtas: verum etiam acquiri eam poſſe præſcriptione longiſſimi temporis, nimirum trigiata aut quadraginta annorum. Cæterum hæc ſententia cautione indiget, & non una diſtinctione. Nam primum removendæ hinc ſunt perſonæ privatæ, quippe quæ juriſdictionem uſurpantes in graviſſimum incidunt crimen. Deinde & inter perſonas eorum diſtinguendum eſt, qui magiſtratum gerunt: Etenim qui ſimplex eſt & nudus magiſtratus, nihil hic ſibi præſcriptione quærere poteſt; ſed tantum ratione officii, ſcilicet ut id latius extendatur, & huic quaſi acquiratur. Ut ecce, ſi præfectus aliquis extra fines territorii ſui aliquamdiu jus dixerit ſine cujuſquam impedimento, acquiritur ipſi præfecturæ latior juriſdictio. At enim hæc acquiſitio non magni momenti eſt, cum Princeps pro arbitrio ſuo veteres juriſdictionis terminos poſſit reſtituere. Itaque quæſtio hæc ad Toparchas fere ſolum pertinet, id eſt, ad magiſtratus, qui ſimul ſunt quaſi domini territorii, qui jus perpetuum & tranſmiſſibile, ſeu juriſdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi ſane juriſdictionem ſuam vi præſcriptionis amittere, uti & proferre atque extendere poſſunt; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi. Jaſ. *in l. 3. ff. h. t. col. 9. & 10.* Muſcorn. *de juriſd. n. 127.* Bald. *part. 2. de præſcr. quæſt. 12.* Atque his terminis poſitis poterit & conventionibus acquiri atque amitti juriſdictio, ut ſæpe videmus caſtra, pagos integros permutari ac vendi.

9. Atque ſecundum hos eoſdem terminos, ubi ſcilicet juriſdictio patrimonialis eſt, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda juriſdictione competere magiſtratui actionem confeſſoriam & negatoriam, utilem nempe ſeu quaſi, Jo. Fab. Plat. Jaſ. Schneid. *in §. æque, 2. Inſt. de act.* Weſemb. *par. hic n. 13.* Cæterum ratione juris noſtri ſi magiſtratus aliquis turbetur in exercenda juriſdictione ſua, pro defendenda ea actionem non habet: ſed ſi ipſe ſe tueri non poteſt, Principem adire, remque ad eum referre debet, ut recte Bachov. *ad hunc tit. c. de effect. juriſd.*

Digitized by Google

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS, ACADEMICO-FORENSIS.

Viro Ampliſſimo & Conſulari.

D. SIMONI A BAERSDORP J. C.

S. P. D.

ARNOLDUS VINNIUS.

ANNI *jam quatuor ſunt, & quod excurrit, Vir Ampliſſime, ex quo libros Digeſtorum, ſeu Pandectarum juris civilis interpretari ex auctoritate publica cœpi. Horum autem librorum interpretationem cum per Dei gratiam commodum ante majores hujus anni ferias abſolviſſem, otium nactus ſummam colligere inſtitui eorum, quæ interea temporis commentando in varios juris Juſtinianici locos obſervaveram: idque eo animo, ut etiam in apertum proferrem ac publicarem, ſi quid in his a me repertum eſſet, cujus promulgatione noſtra foret opinio haud vulgariter adjutum iri commoda ſtudioſæ legum juventutis: quippe quæ modis omnibus adaugere ſumma ope, & nitor & ſemper niſus ſum. Excerpſi autem in præſentia ex bono cumulo id argumentum, quod eſt de collatione bonorum, genere quodam contributionis faciendæ inter liberos, qui ad communis parentis demortui ſucceſſionem ſimul admitti deſiderant. Etenim id argumenti genus, præterquam quod eſt cognitu longe utiliſſimum, & accuratius, quam pleraque alia, tractaſſe mihi viſus ſum, & ab aliis ex profeſſo tractatum non memini, niſi a Vitale Nemauſenſi & Joanne Saporta; ab illo prolixius & rudius, ab hoc brevius & eruditius; a neutro tamen ita, quin in ſcriptis eorum multa adhuc deſideres, quæ ad perfectam rei utiliſſimæ cognitionem ſunt neceſſaria: ut proinde non tam aliis præripuiſſe ſcribendi occaſionem, quam præbuiſſe videantur. Accedebat etiam hoc, quod cum hodie difficilis admodum iſtorum auctorum paratio ſit, nonnulli adoleſcentes honeſti & philomathici, quibus ob id noſtra notanda conceſſeram, enixe atque inſtanter a me petierunt, ut conſilium propoſitumque meum de iiſdem evulgandis maturarem. Itaque ut teſtatam facerem ſingularem meam voluntatem adjuvandæ promovendæque ſtudioſæ juris civilis Romanorum juventutis, cum in hoc noſtro quaſi armiſtitio ea, quæ in argumentum, quod memoravi, ſuperioribus annis meditatus eram, diligenter & relegiſſem & interpolaſſem, vulgari quoque eadem atque in publicum prodire juſſi, additis, quo paulo ſpecioſiora apparerent, ſummariis, indice, & ſylvula allegationum interpretum, quà veterum, quà recentiorum. Fecit autem veteris noſtræ neceſſitudinis & tuæ in me benevolentiæ recordatio, ut hæc qualiacunque ſunt, tibi Vir Ampliſſime, dicanda & offerenda duxerim; & vel eo magis, quia, ut ipſe ex te intellexi, animus tibi eſt communia noſtra ſtudia, quibus ſerio vacare aliquamdiu integrum tibi non fuit, nunc poſita ad tempus adminiſtratione reipublicæ, bona fide recolere, & eorum quoque, quæ antea a nobis edita ſunt, lectione te oblectari. Confido, quæ tua eſt humanitas, fore, ut ne hanc qualem qualem voluntatis ergo te noſtræ ſignificationem aſperneris, atque ut gratum tibi ſit, quod proficiſcitur.*

Bene vale, Leidæ, Nonis Septembris 1644.

A tui obſervantiſſimo
ARNOLDO VINNIO.

TRA-

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS.

CAPUT PRIMUM.

De ſignificatione hujus dictionis collatio.

SUMMARIUM.

1. *Varia vocis* collatio *ſignificata*.
2. *Operis adumbratio*.

1. COLLATIO vox eſt variæ ſignificationis. Interdum idem ſignificar, quod *comparatio* παραβολή; interdum idem, quod συμβολή, *collecta*, ἔρανος, ſive *contributio eraniſtica* aut *ſympoſiaca*. Frequenter eriam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniæ ad opus publicum, vel ad communem reipublicæ aut Principis uſum, quæ Græcis εἰσφορά: item pro aſſignatione beneficii eccleſiaſtici vacantis, ut in jure Canonico: nonnunquam etiam aliis modis accipirur, ſicut & verbum *conferre*; cujus etiam larior uſus eſt, quam verbalis, ut videre eſt apud lexicographos. Cæterum varietas iſta ex adjuncto facile diſcerni poterit. In propoſito autem collatio eſt privatæ quoddam contributionis genus faciendæ inter liberos, qui ſimul admitti ad communis parentis ſucceſſionem deſideranr. Græce redditur, συνεισφορά, quod a verbo συνεισφέρειν deductum eſt, quo etiam paſſim Græci in hac materia utunrur.

2. Hoc jus de bonorum collatione a prætore primum introductum eſt ex ſumma æquitate: poſtea vero mirifice auctum conſtitutionibus Imperatorum, & ſubinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri poſſer, æqualitas inter liberos conſervaretur. Igitur ut diſtincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progreſſus obiter indicabimus, deinde ſinguia, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

CAPUT II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut reſtricta.

SUMMARIUM.

1. *Quam ob cauſam neceſſitas collationis primum introducta, & n. 2. & 3.*
4. *Filiosfam. ex edicto nihil conſuliſſe.*
5. *Filiasfam. dotem conferebat ex reſcripto D. Pii, & quare.*
6. *Productio hujus juris ad donationem propter nuptias & ſucceſſionem matris.*
7. *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & aviæ ſuccedentes.*
8. *Ad ſucceſſionem ex teſtamento.*
9. *Ejuſdem juris reſtrictio.*

QUA parte edicti prætor propoſuit liberis emancipatis præteritis bonorum poſſeſſionem contra tabulas patris, ut bonorum poſſeſſione impetrata patri ſuccederent etiam cum fratribus ſuis heredibus, ſeu qui in poteſtate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant; eadem parte edicti prætor emancipatos cum ſuis heredibus ſuccedentes vocat ad collationem bonorum, id eſt, jubet bona ſua fratribus in poteſtate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab inteſtato vocat una cum fratribus ſuis heredibus ad ſucceſſionem patris data bonorum poſſeſſione *unde liberi*, *l. 1. ff. h. t. l. filium*, 20. §. 1. *de bon. poſſ. cont. tab. l. ſi emancipati*, 9. *C. h. t.*

1. Eſt autem hoc jus de collatione a prætore introductum minuendæ ejus injuriæ graria quæ admiſſis emancipatis ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas aut *unde liberi*, fratribus eorum, ſuis heredibus fieri videbatur. Nam cum ſui heredes ſoli jure civili heredes patri exiſtanr, excluſis liberis emanciparis, §. *emancipati*, 9. *Inſt. de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cœpti prius dominii conrinuatio, quam novæ cujuſdam & alienæ hereditatis acquiſitio in ſuis heredibus intelligatur, §. 3. *Inſt. d. t. l. in ſuis*, 11. *de lib. & poſth.* ſi una cum illis admirtantur emancipati, quos conſtat e familia exire, & extrancos nobis fieri, neceſſe eſt, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, ſed etiam bona propria ſuorum heredum, cum patris quæ ſunt, ſuorum heredum ſint, & contra.

2. Ad hæc cum liberi emancipati omnia ſibi, ſui autem, ſolo peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi excepto, omnia patri olim acquirerent, neceſſe erat & aliam hic enaſci, ſuiſque heredibus inferri injuriam, ſi emancipati bona quæſita ſibi præcipua haberent, & tamen ſimul cum fratribus in poteſtate retentis ad ſucceſſionem patris admitterentur.

3. Utique huic injuriæ occurſum eſt remedio collationis bonorum, videlicet ſi emancipati ad ſucceſſionem patris una cum fratribus ſuis heredibus venire cupientes, bona ſua, quæ

ſi in

ſi in poteſtate manſiſſent, patri fuiſſent quæſita, fratribus iſtis conferrent. Æquiſſimum eſt, ait Ulpianus, ut ſua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna, *l. 1. ff. h. t.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum eſſe apparet, qui jure civili ſoli ſuo heredes exiſtunt: tum etiam, quia illorum bonorum jam pars ſunt, quæ per filiosfam. patri ſunt quæſita.

4. Secundum formam edicti filiifam. nihil conferebant de ſuo, non peculium caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe: ſed in eo nullo commodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipſi ea, quæ per occaſionem militiæ, ſive armatæ ſive togatæ, ſibi acquiſiverant, conferre tenebantur, *l. 1. §. nec caſtrenſe, 15. ff. h. t.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam peculii nomen non cadit in eos, qui ſui juris ſunt, *l. paterfam. 182. de verb. ſign. l. ult. in fin. C. de inoff. teſtam.* Peculium igitur illic ἀναφορικῶς dictum eſt, quod peculium eſſet, ſi filius in poteſtate manſiſſet.

5. Sed nec filiafam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat; quamvis dos. e bonis patris exire & proprium filiæfam. patrimonium eſſe intelligatur, *l. 4. ff. h. t. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam, 5 ff. de min. l. 14. pr. ff. ad l. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hereditate patris non inveniri, & tamen emancipata cum cæteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum nonnihil iniquitatis haberet, placuit poſtea ſola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiafam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera ſibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum conſtitutum videtur, *per l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris ſoli emancipati ad collationem vocantur, *l. 1. pr. ff. h. t.* Antonius Faber in *Codice ſuo h. t. defin. 4.* Leoni hoc tribuit, ſed male.

6. Exemplo vero dotis a Leone producta poſtea eſt collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita, *l. quoniam, 29. C. de inoff. teſtam. l. ut liberis, 17. C. de collat.* Item Imperator longius progreſſus etiam in ſucceſſione matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex ſola conſideratione æqualitatis, *d. l. ut liberis, C. h. t.*

7. Sed & generaliter conſtitutum eſt, ut quoties deſcendentes alicui ex adſcendentibus ſuccedunt, huic juri eſſet locus: utque non tantum filius aut filia defuncti ſibi invicem, ſed etiam nepotibus & neptibus ſecum avo ſuccedentibus conferrent, & hi viciſſim illis, ſcilicet patruis & avunculis ſuis, haud ſecus ac juris fuiſſet, ſi parentes eorum, quos repræſentant, adhuc eſſent ſuperſtites, *leg. illam, 19. C. h. t.*

8. Tandem Juſtinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos ſervandam, & quo major eſſet occaſio amoris & concordiæ, etiam ad ſucceſſionem ex teſtamento jura collationum produxit, omnique caſu, quo collationem ab inteſtato fieri jam antea neceſſe erat, eam etiam inter ſuccedentes ex teſtamento fieri voluit, niſi expreſſe remiſſa ſit aut vetita. *Nov. 18. cap. 6.* unde *auth. ex teſtamento, C. h. t.*

9. Rurſus ex contrario jus collationis ſubinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Conſtantinus & inſequentes Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, procul dubio liberi emancipati ad collationem ejuſdem generis bonorum deſierunt teneri, ceſſante ſcilicet ratione collationis inductiva: nam etſi in poteſtate manſiſſent, tamen bonorum iſtorum proprietatem non patri, ſed ſibi quæſiviſſent; ut proinde concurrentes cum liberis in poteſtate conſtitutis, quo ad iſta bona nullo eos incommodo afficiant.

Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem ſolam, Juſtinianus in univerſum adventitia exemit collationi, eamque reſtrinxit ad ſola profectitia, *l. ult. C. h. t.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc aditu patefacto, tutius jam & ſine offenſa progrediemur. Et age igitur, ſingula porro, quæ in hoc argumento cognitu neceſſaria occurrunt, penſiculate conſideremus.

CAPUT III.

Quid ſit collatio.

SUMMARIUM.

1. *Quæſtiones principales in hac materia tractandæ.*
2. *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam eſſe oſtenditur.*
3. *Nova ab auctore allata & expoſita.*

1. AD cognitionem juris de collatione conſtituti, quam hic quærimus, ſex ferme ſunt accommodatæ quæſtiones, quas etiam ordine, ſed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima eſt, in qua quæritur, quid ſit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando ſeu qua in ſucceſſione. Quarta, quæ bona in collationem veniant, ſive quid quiſque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omiſſæ quæ pœna. Sed & poſtrema, collationis quis ſit finis, quis effectus. Quod ſi in his explicandis eadem ſubinde inculcabimus, cogitet lector in crebra juris mutatione id eſſe neceſſarium.

2. Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas ſervetur, & ea ſervata bona hereditaria inter deſcendentes ſeu liberos, qui parenti ſuccedunt, divi-

Digitized by Google

dividantur. Vid. Nemauſ. *tract. de collat. pr. n.*2. Sapiam. *in l. ſi emancipati*, 9. *C. hoc tit.* Fernand. Vaſq. *de ſucceſſ. reſol. lib.* 2. §. 19. *n.* 1. *&* 7. *ſeqq.* Saport. *tract. de collat. n.* 11. Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non poteſt, & omnino vitioſa eſt, ſive ad veteris ſive ad novi juris normam exigatur. Nam etſi verum eſt, jure veteri non niſi propria bona in collationem veniſse; quippe quo jure ſoli liberi emancipati conferebant: tamen non eſt verum de toto, de omni & ſemper, quod lex veritatis, quæ *κατὰ παντὸς* dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in caſtris aut toga ſibi acquiſierant, quæ maxime cujuſque propria ſunt, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe*, 15. *ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat iſta definitio, ſi ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati ſuis, ſed etiam ſui emancipatis, & ſibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, ſive ea a matre, de cujus ſucceſſione agitur, profecta ſint, ſive a patre, & a patre profecta ne novo quidem jure filiisfam. acquirantur, ſed parentum, quorum in poteſtate ſunt, propria maneant, §. 1. *Inſt. per quas perſ. cuique acq.* Hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab iſta lege, quam dixi univerſalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane ſi proprietatem verbi ſpectamus, ea ſola proprie conferri dicuntur, quæ noſtra ſunt, aut utique quodammodo noſtra, ut dos & donatio propter nuptias a patre profecta. Cæterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi cauſa, in peculium a patre accepimus, nimirum ratione poſſeſſionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, atque in hereditate ejus reperta dividantur, *l. filii*, 12. *C. h. t.*

Collatio inquam *κυρίως* rerum eſt propriarum, non hereditariarum: ſed tamen in his etiam poſterior ætas verbo collationis uſa eſt, ut ſignificaret earum, omiſſa quaſi quaſi poſſeſſione, in commune reſtitutionem, collationem ſc. opponens ei, quod alias præcipuum retinetur, *l. pen. & ult. C. h. t.* Sic in *l. certum*, 13. *C. fam. erciſc.* dicitur liberorum peculia poſt mortem patris ad communionem eſſe revocanda, ideſt, conferenda: Græci *συνεισφέρεται*, *conferuntur*; reſpectu videlicet uſus & juris adminiſtrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene Jo: Saporta *tr. de collat. n.* 77. *&* 2. *ſeqq.*

3. Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio eſt contributio earum rerum, quas de bonis ſuis parens, de cujus hereditate agitur, liberis ſuis, ut liberis, in vita ſua conceſſit, obve cauſam donavit, aut alias ea lege, ut conferrentur. Ajo *de bonis ſuis*, ut excludam adventitia, id eſt, quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, ſed aliunde liberis obveniunt; hæc enim novo jure collationi non ſunt obnoxia, *l. ult. C. h. t.* maxime caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, quæ ſemper a lege collationis immunia fuerunt, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe*, 15. *ff. eod. l.* 12. *C. eod.* Cum dico *in vita ſua*, excludo legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes, quæ demum poſt mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt, *l.* 10. *l.* 15. *& l. ſeq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hinc ea, quæ liberi, non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt; veluti ſi pater filium propter bene merita remuneratus ſit: hoc enim caſu videtur filius meruiſſe donationem, non ut filius, ſed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere, facit *l. a patre*, 10. *C. h. t.* ibi *extero jure capiens*. Sed de hoc pluſcula inferius.

Per verba *ob cauſam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi a parentibus accipiunt, ut ſe exhibere, negotiationem aut artem aliquam &c. exercere poſſint. Itaque excludimus hic donationem ſimplicem, extra quam ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias; tunc enim naturam induit donationis ob cauſam *l. pen.* §. 1. *C. h. t.* Illis verbis, *aut alias ea lege, &c.* innuo etiam ſimplicem donationem conferri, ſed ita demum, ſi ea lex donationi expreſſe dicta fuerit, *d. l. pen.* §. 1.

CAPUT IV.

Inter quos locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Ex edicto ſolos liberos emancipatos ad collationem vocari.*
2. *Ei ſoli emancipatum conferre, cui & aliquid aufert.*
3. *Ex ſententia edicti quo caſu emancipatus ad collationem vocetur.*
4. *Sententia* l. 6. ff. de dot. collat.
5. *Emancipatos ex edicto ſibi invicem non conferre.*
6. *Explicatio* l. 1. §. ſi ſit filiuſ. ff. h. t.
7. *Hotomannus & Bachovius notati.*
8. *Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt.*
9. *Nec emancipati ex teſtamento hereditatem obtinentes ſuis heredibus.*
10. *Collationi locum fuiſſe etiamſi liberi ex capite unde liberi excluſi, ex ſequentibus admitterentur.*
11. *Confutatio ſententiæ contrariæ.*
12. *An liberi, qui ſunt in adoptiva familia conferant fratribus naturalibus.*
13. *Explicatur*, l. 1. §. is quoque, ff. h. t.

1. SUC-

1. SUCCEDIT nunc ſecunda quæſtio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur ſoli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, aut nullo teſtamento facto ſimpliciter ex capite *unde liberi* ab inteſtato ſuccedunt una cum fratribus ſuis, qui in poteſtate patria manſerunt, *l. 1. pr. & §. 5. ff. h. t. l. ſi emancipati*, 9. *C. eod. l. filium quem*, 20. §. 1. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.*

2. Ei autem ſuo emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex cauſa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex ſe ſuſcepto & retento in poteſtate confert, non fratri: ſi non ſit nepos, confert fratri, *l. 1. §. 13. ff. de conjunc. cum emanc. lib.* vel ſi ſit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepotes ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in poteſtate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri ſoli confert, non patruo: ſi non ſit frater, ſoli patruo, non patruo magno: ſi non ſit patruus, patruo majori, id eſt, filio; quæ ſpecies eſt *d. l. 1. §. ult.*

3. Et quidem ſecundum verba edicti non aliter emancipati præteriti ad collationem urgeri videntur, quam ſi filii in poteſtate retenti heredes inſtituti, & ipſi contra tabulas bonorum poſſeſſionem petant, non ſi ea omiſſa ex teſtamento hereditatem amplectantur: ſed ex ſententia edicti etiam hoc caſu conferendum iis eſſe Scævola reſpondit: quoniam pro parte ſua bonorum poſſeſſionem petere potuiſſent; & utique injuriam per bonorum poſſeſſionem emancipatis datum patiuntur, *leg. ſi filius*, 10. *ff. h. t.*

4. Non obſtat huic reſponſo Scævolæ, *l. 6. ff. de dot. coll.* nam longe diverſa ſpecies in *d. l. 6.* a Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres inſtitutus eſt, & filia in poteſtate exiſtens, exheredata, quæ inofficioſi lite perlata partem dimidiam hereditatis abſtulit; quo caſu ideo collationi locus non eſt, quia ſoror injuria a prætore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scævolam in *d. l. 10. h. t.* refertur caſus, quo filius ὑπεξούσιος heres eſt inſtitutus præterito emancipato; atque hoc caſu ex æquitate inducitur collatio. An circa hos caſus mutatio aliqua facta ſit jure τῶν νεαρῶν, dicemus poſtea.

5. Hinc jam elicimus hæc conſectaria. Primum eſt, quod emancipati ſibi invicem ex edicto nihil conferant, deficiente videlicet cauſa, propter quam collatio a prætore introducta eſt: nam cum pari jure omnes ad bonorum poſſeſſionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit, *l. 1. §. totiens*, 5. *l. 2. §. ſi tres*, 5. *ff. hoc tit. l. 9. C. eod.* aliis autem non confertur, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt. *L. 1. §. emancipatus*, 13. *de conjung. cum emancip. lib.*

6. Sed objicitur huic ſententiæ *l. 1. §. ſi ſit filius*, 16. *d. t.* Tractatur illic hæc ab Ulpiano quæſtio: Tres erant fratres, unus emancipatus, duo in poteſtate retenti, quorum alter duobus relictis filiis, uno in poteſtate avi, altero emancipato vita exceſſit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio prætoris utitur, ut ſibi ex hereditate patris partem ferre liceat, quæritur quemadmodum bona ſua, quæ ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Reſpondet Ulpianus ex ſententia Scævolæ, tres eum partes facere oportere, & ſuperſtiti filio trientem dare, ſibi alterum retinere, nepotibus tertium conferre; quoniam nepotes in filiorum gradum ſuccedentes, etiam in hac collationis cauſa eodem jure uti debent, *l. 1. §. ſi pater*, 4. *d. tit. l. 2. §. ſi duo*, 7. *ff. hoc tit.* Dicet hic aliquis, ſi emancipatus emancipato non confert, ſoli nepoti in poteſtate retento conferri totum illum trientem oportere. Hæc objectio etſi Cujacio *lib. 3. obſ. 29.* graviſſima viſa eſt, mihi tamen non videtur adeo magni momenti; quia collatio illa non fiet ſimul & conjunctim ambobus nepotibus, ſed ei uni duntaxat, qui in poteſtate avi manſerat: emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei partem auferet; atque ita non directo, ſed per interpoſitam fratris perſonam ſextantem ex patrui emancipati bonis conſequetur: quoniam frater in poteſtate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur, *l. 1. §. emancipatus*, 13. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* & ſimile quid accidit in ſpecie, *l. 5. pr. ff. hoc tit.* Saport. *d. tract. n. 5. & ſeqq.* Suerin. 1. *repet. lect. c.* 46. Hotom. 9. *obſ.* 8. Bach. *ad Treut l. diſp. de collat. th.* 3.

7. Cæterum Hotomannus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falſum eſt, aut non intelligo, quid ſibi velint, nimirum per perſonam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona ſua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per conſequentiam, propter nepotem in poteſtate, cui ipſe patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in poteſtate retento, ſive ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut ſi concurrit, non infert injuriam aut neceſſitate conferendi non tenetur? ne ipſos, quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile eſt, *arg. d. l. 1. §. emancipatus*, 13. *de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos ſenſiſſe, ipſum nepotem emancipatum, ſi liberos non habeat in poteſtate proavi retentos, fratri ſuo in poteſtatem conferre debere, cui alias non conferret, de quo in *pr. hujus capitis* dictum eſt.

8. Secundum conſectarium eſt; ſuos neque invicem ſibi, neque emancipatis ex edicto conferre; quippe ceſſat & hic ratio collationis, quoniam ſi patri ſuo ab inteſtato ſuccedentes

aut

Digitized by Google

aut inter ſe aut cum emancipatis, nec ſibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes ſint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, a quibus potius ipſi injuriam patiuntur, *l. 1. pr. & §. continen. 5. ff. hoc tit.* Sed nec extra bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, quæ libera ſunt ab onere collationis, *d. l. 1. §. nec caſtrenſe. 15.* filiifam. quicquam de ſuo conferre poterant, cum cætera omnia parentibus ſuis, quorum in poteſtate erant, acquirerent. Saport. *num.* 58. Quod autem filiafam. dotem tam ſuis, quam emancipatis confert, id non ex edicto eſt, ſed ex reſcripto D. Pii, *l. 1. de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9. Tertium eſt; ſi emancipati ſcripti ſint heredes una cum fratribus ſuis, & ex teſtamento hereditatem obtineant, eos bona ſua fratribus non conferre, *l. 6. de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. erc. l. 1. l. 7. C. hoc tit.* ceſſante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc caſu fit injuria, neque quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus a patre heres una ſcriptus eſt, & directo ex judicio patris ſuccedit. Excipiendum eſt, niſi teſtator expreſſum aliud caverit, *d. l. 1. & d. l. 7.* Ad hunc autem locum non pertinet *l. ſi non mortis, 25. ff. de inoff. teſtam.* quia nos loquimur de emancipato herede ſcripto: illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficioſi teſtamenti.

10. Illud quæſitum eſt, an collationi locus ſit, etiamſi liberi tempore vel repudiatione excluſi ex primo capite *unde liberi*, ex ſecundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittuntur: & magis eſt, ut etiam hic collationi ſit locus, ut ecce, duo ſunt filii, alter in poteſtate, alter emancipatus: uterque patre inteſtato mortuo neglexit petere bonorum poſſeſſionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore excluſus eſt. Hic quidem ita jus eſt, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum poſſeſſionem poſſint, filius in poteſtate vel capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum: quippe abſurdum prætori viſum non eſt, eos qui diverſas habent qualitates, ex diverſis quoque capitibus ſucceſſive admitti, & ipſos ſibi ex hac parte ſucceſſoria ſuccedere, ita ut in ſpecie propoſita primo capite excluſi ſimul ſuccedant ex alia atque alia parte edicti, & ſuus *unde legitimi*, emancipatus *unde cognati* petere poſſint, *l. 1. §. ſed videndum, 11. de ſucceſſ. edict. l. 6. §. 2. de carbon. edict. l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poſſ. ſerv.* Sed quæritur an hoc quoque caſu emancipatus fratri ſuo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere: ex ſententia nimirum edicti, cui toties locus eſt, quoties aliquo incommodo is, qui in poteſtate eſt, afficitur interventu emancipati, *l. 1. §. toties, & arg. l. ſi filius, 10. ff. hoc tit.* & alias eludi poſſet conferendi neceſſitas. Confirmat hanc ſententiam quod prætor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, ſed etiam ut liberos conſiderat, *l. 6. §. 2. ff. de carbon. edict.* eſtque hujus rei argumentum, quod annuum nihilominus ſpatium habent, non ut cæteri, centum dies, *l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poſſ. ſerv.* Et cum igitur liberi etiam ex ſecundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum ſuccedant, ratio nulla dari poteſt, cur alter alteri, cui injuria fit, conferre non debeat.

11. Hoc fundamento poſito, non difficile erit reſpondere rationibus Baldi, Cagnoli, Alexandri, Riminaldi *in l. ſi emanc. 9. C. hoc tit.* & aliorum, ut Nemauſenſis *tract. de collat. c. 2. n. 19.* Petri Tholoſani *lib. 46. ſyntagm. c. 8. n. 24.* quibus illi moventur in contrarium: velut cum ita argumentantur; collationi locus non eſt inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum ſubeunt, &c. hanc aſſumptionem falſam eſſe ſatis apparet ex iis, quæ modo dicta ſunt. Nulla lege cautum eſt, inquiunt, ut inter eos, qui ex ſecundo aut tertio capite veniunt, conferendi neceſſitas eſſet. Inepta ratio, quoniam ſatis cautum eſt, ut ſit collatio inter liberos: quos jam oſtendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum ſuccedere. Perſpicue autem lapſus eſt Alexander in eo, quod putavit collationem eſſe rem odioſam; tantum enim abeſt, ut odioſa haberi debeat collatio, ut contra eam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiæ & æqualitatis. Jure recentiori res eſt plane liquida, *l. ut liberis, 17.* illic, *quocunque jure inteſtatæ ſucceſſionis, C. hoc tit.* quod etiam Saporta *tract. de collat. n. 72.* bene obſervavit: & noſtram hanc ſententiam, quæ etiam communis eſt, contra Bald. & alios jam olim rectetutati ſunt Fulgoſ. & Roman. *in d. l. ſi emancipati, 9. C. h. t.* add. Gilken. *in d. l. 9. n. 45. & ſeqq.* Jure noviſſimo hæc diſputatio pene ſupervacua videtur, poſtquam Nov. 118. c. 1. tres ordines facti ſuccedentium jure civili.

12. Quæritur, an liberi, qui ſunt in adoptiva familia, conferant fratribus ſuis naturalibus. Quæſtio hæc videri poteſt inepta: nam liberi adoptati, quamdiu ſunt in familia adoptiva, patri naturali ſunt extranei, non tantum jure civili, ſed etiam honorario: & ideo præteriti, ſi adhuc in adoptiva familia ſunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum poſſeſſionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* a prætore vocantur, *§. at hi, 10. cum ſeqq. Inſt. de her. quæ ab int. de defer. §. adoptivi 4. Inſt. de exher. lib.* Et quomodo ergo his quæſtio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt? Et tamen apud Ulpianum *l. 1. §. is quoque, ff. h. t.* legimus, eum qui in adoptiva familia eſt, conferre debere, non quidem ipſum, ſed qui eum ha-

habet in poteſtate, ſi maluerit bonorum poſſeſſionem accipere, *add. l.* 12. *de dot. collat.* quod a ratione juris plane alienum eſſe videtur. Et profecto ita eſt: ſed locum iſtum Ulpiani reſtringi oportet ad caſum, filius adoptivus a patre naturali heres inſtitutus eſt, præterito alio filio ſive ſuo ſive emancipato. Nam ita edictum prætoris conceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam inſtitutus recte peteret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l.* 3. §. *ſi quis*, 11. *l. ſi poſt.* 10. §. *ult. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* quo caſu res ad cauſam inteſtati redibat, & in terminis datis in adoptionem idem Ulpianus in *l.* 8. §. *in adoptionem*, 11. *de tit.* ſcribit eos a prætore non ſubmoveri, modo heredes inſtituti ſint, eoſque accipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas; ſed ſolos non committere edictum.

13. Atque hæc explicatio & reſtrictio confirmatur etiam ex ipſa *leg.* 1. §. *is quoque*, 14. *ff. hoc tit.* ait enim juriſconſultus, ſi pater adoptivus ante petitam bonorum poſſeſſionem filium ſine fraude emancipaverit, eum ad collationem non cogi: atqui conſtat filium adoptivum poſt patris naturalis mortem emancipatum bonorum poſſeſſionem unde liberi aut contra tabulas petere non poſſe, hæc cum non intelligeret Saporta, inſigniter erravit, *d. tract. num.* 60. *& ſeqq.* ubi ita diſputat, ac ſi in *d. leg.* 1. §. 14. ageretur de collatione a filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, a quo & ipſe adoptatus fuerat. Plane hodie poſtquam etiam inter inſtitutos collationi locus eſſe cœpit, in caſu propoſito non amplius deſideratur, ut inſtitutus beneficio præteriti bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat. Apud nos, qui liberos adoptivos non habemus, hæc quæſtio inutilis, ut & in reliquo Belgio, Grot. 1. *manuduct.* 6. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 185.

CAPUT V.

An alii præter deſcendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1. *De veteri jure fruſtra quæri, an inter aſcendentes collatio locum habeat.*
2. *Novo jure quæſtionem illam colorem habere poſſe: ſed nec hoc jure collationem iſto caſu admittendam.*
3. *Multo minus collationi locum eſſe inter laterales.*
4. *Collationem interdum officio judicis induci, deficiente remedio juris.*

1. AN adſcendentes liberis ſuis ſuccedentes collatione fungantur, de veteri jure fruſtra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adſcendentes ſimul ſuccedebant. Nam filius quidem in poteſtate heredem ab inteſtato habere non poterat, ſed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipſa caſtrenſia *l.* 2. *ff. de caſtr. pecul.* §. 1. *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Emancipato autem liberos non habenti etſi ab inteſtato pater & mater ſuccedebant, non tamen ſuccedebant ſimul: ſed pater excludebat matrem, ſive ut manumiſſor heres exiſteret, ſive non manumiſſori competeret bonorum poſſeſſio, *leg.* 2. §. *objicitur*, 15. *ff. ad ſenat. Tertull. leg.* 10. *ff. de ſuis & legis*, qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertulliano admitti, *num.* 64. Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertulliano matri non nocere. *d. leg.* 2. §. *objicitur*. Poſtquam autem liberis in poteſtate conſtitutis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab inteſtato, ſed fratres & ſorores parentibus prælati, *leg.* 4. *Cod. de bon. quæ lib. in pot. leg. ult. Cod. comm. de ſucceſſ.* quod haud dubie etiam in ſucceſſione liberorum emancipatorum ſimul obtinere cœpit, ut tamen hic pater manumiſſor præferretur matri, jure veteri patri ſervato; *leg.* 2. *Cod. ad ſen. Tertull.* Jam vero cum fratres, qui parentibus in ſucceſſione potiores erant, nihil invicem conferrent: credibile non eſt ad parentes onus collationis pertinuiſſe; & ideo minus credibile, quia ante conſtitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ ſuccedentes, quicquam inter ſe conferebant: & omnino hic ceſſabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2. Sed poſtquam hæc ratio mutata eſt, & functionem collationis ex ſola æqualitate æſtimari placuit, maxime jure noviſſimo quo ſtatim poſt liberos defuncti parentes ad ſucceſſionem vocantur, & ita ut plures adſcendentes ſimul ſuccedere queant: *Nov.* 118. *c.* 2. abſurdum quibuſdam viſum non eſt, ſi dicamus nunc etiam parentes liberis ſuis ſuccedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere: quod & defendit Aretinus *in l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit.* & defendi poſſe exiſtimat Jaſon. *in l.* 9. *C. eod.* Sed cum nulla lege aut conſtitutione de collatione a parentibus facienda cautum ſit, & tantum de æqualitate inter liberos ſervanda etiam noviſſima Juſtiniani ſanctione *Nov.* 48. *c.* 6. mentio fiat, ſatius eſt, ut nos intra ſepta contineamus; præſertim cum multa alia de liberis conſtituta ſint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit Jaſon. *in l. ult. C. unde lib.* add. Nemauſ. *c.* 2. 19. *& q.* 20. Saport. 64. Sichard. *ad rubr. C. h. t. n.* 10. poſt Cynum. Bald. Caſtr. Rimin. *in l.* 9. *C. eod.* late Gilken *in d. l.* 9. *n.* 39.

3. Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ tranſverſæ; quia quod quis a fra-

tre,

ræ, aut patruo vel avunculo, aut alias cognatus quis a cognato inter vivos habuit, non poteſt videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ poſtea obtingentis. Inepte autem pro hac ſententia argumentum adducitur ex *l. 3. §. 1. ff. de leg. præſt. cont. tab.* ubi negat juriſconſultus ex edicto illo legata conſervari fratri & ſorori: Nam ſi ex eo recte collegeris fratres & ſorores collationi non eſſe obnoxios, neceſſario ſequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conſerventur, *d. l. 3. §. 1. l. 1. eod.* Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens eſt, qui ſuccedant in bona demortui jure libetorum, quique ſimul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipſum per ſe nomen nihil aliud eſt, quam æqualitas & communio, & ita DD. comm. *ad l. 9. h. t.* Nemauſ. *c. 2. n. 1.* Boer. *deciſ.* 302. Vaſq. *lib. 2. de ſucceſſ. reſol. §. 19. n. 27.* Chriſt. *vol. 4. deciſ. 2. num. 8.* Ex conſuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum eſſe locum collationi cenſet Chaſſan. *tit. de ſucc. rub. 7. §. 5. n. 59. & ſeqq.*

4. Plane ſi æquitas rei poteſtatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio ſuccedet officium arbitri familiæ erciſcundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra cæterorum injuriam retinere non poſſit. Nam officium arbitri adminiculum eſt & auxilium ſubſidiarium, cui plerumque locus eſt ex æquitate, cum ratio juris deficit, ut in ſpecie *l. 2. C. de inoff. donat.* item in *l. filii, 16. l. filiæ, 18. & paſſim C. fam. erciſc.* Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin. 1. & de paſt. defin. 2.* ubi illuſtre exemplum.

CAPUT VI.

De diverſo jure ſuccedentibus.

SUMMARIUM.

1. *An locus collationi, ubi unus e filiis inſtitutus, alter exheredatus eſt, ſive uterque in poteſtate ſit, ſive neuter, & coheredatus per querelam teſtamentum evertat.*
2. *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus, frater exheredatus.*
3. *Quid ſi emancipatus heres inſtitutus, frater præteritus.*
4. *Quid ſi filius in poteſtate heres inſtitutus, emancipatus præteritus.*
5. *Species* l. 1. pr. p. ff. de dot. coll. *& an ea procedat, cum filia heres ſcripta ſe miſcuit, præterito forte filio emancipato.*
6. *Jure novo de his fruſtra diſputari.*

DUO ſunt filii, quorum unus e patre inſtitutus eſt heres, alter exheredatus, qui inofficioſi lite perlata partem dimidiam hereditatis abſtulit: poteſt enim teſtamentum ex poſt facto pro parte per querelam reſcindi, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipſa pro parte tantum teſtatus deceſſiſſe videatur, *l. 15. in fin. l. circa, 24. & l. ſeqq. in fin. ff. de inoff. teſt.* Itaque in caſu propoſito alter ex teſtamento, alter ab inteſtato ſuccedit.

1. Quæritur, an locus ſit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac ſpecie erat collatio, ſive uterque filius in poteſtate fuiſſet, ſive neuter: nam nec ſui inter ſe, nec inter ſe emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiafam. quæ ex reſcripto D. Pii dotem conferre fratribus cogebatur, de quo dictum ſupra eſt.

2. Sed etſi ponamus alterum fuiſſe emancipatum, alterum in poteſtate, & emancipatum a patre heredem ſcriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioſo mota teſtamentum patris pro parte poſtea averterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab inteſtato ſuccedat, ceſſabit nihilominus collatio: quoniam ſuus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus ſuo, propterea quod ex judicio patris venit, *l. pater filium, 6. de dot. collat.*

3. Sed finge filium in poteſtate heredem inſtitutum, emancipatum præteritum, hic ſi emancipatus petita bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamentum patris pro parte evertat, etiam ſi frater omiſſa bonorum poſſeſſione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex teſtamento hereditatem amplexus ſit, jure quoque veteri emancipatus fratri ſuo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut ſummo jure: ſed ex æquitate & edicti ſententia: cum utique etiam hic bonorum poſſeſſionem ab emancipato agnitam ſuus injuriam patiatur, *l. ſi filius, 10. ff. hoc tit.* multa in contrarium diſputant Ant. Fab. *dec. 40. & ſeq.* contendens *d. l. 10.* corruptam eſſe a Triboniano, additumque totum illum verſum, *Sed magis ſentio* &c. verum fruſtra & incaſſum; longeque alius caſus proponitur, *l. 6. de dot. collat.* quam in *d. l. 10. ff. h. t.* illic proponitur filius emancipatus heres inſtitutus, filia in poteſtate exheredata; filius in poteſtate heres inſtitutus, emancipatus præteritus.

4. Similiter reſcripto Imperatoris D. Pii collatio producta eſt in ſpecie *l. 1. pr. de dot. collat.* ubi filiafam. quæ neglecta bonorum poſſeſſione hereditati paternæ ſe miſcet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter ſuccedentes jure prætorio, bonorum poſſeſſione contra tabulas aut *unde liberi* petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo caſu, quo filia teſtamento patris heres ſcripta ſe miſcuit, puta præterito filio emancipato, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit, & ſua bona conferre tenetur: neque hic ullam eſſe abſurditatem, *argum. dict. leg. 10. hoc tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo caſu ceſſat collatio, *l. 6.*

Digitized by Google

l. 6. l. 7. ff. de collat. dot. l. 1. C. hoc tit. & ſi filia cum fratribus heres inſtituta non confert, *l. 7. C. eod.* multo minus ad collationem urgeri poſſe videtur, ſi ſola heres ſcripta ſit.

5. Finge iterum filium, qui in poteſtate eſt, heredem ſcriptum, emancipatum exheredatum, hic etſi emancipatus ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas non admittatur, *l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* ac proinde nec frater heres ſcriptus beneficio exheredati, tamen ſi emancipatus de inofficioſo queſtus patris teſtamentum reſciderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & ſententia edicti conferre eum debere fratri heredi ſcripto, qui non minus per querelam inofficioſi, quam petita bonorum poſſeſſione contra tabulas injuria afficitur, adempta parte hereditatis, & hoc fortius, quam in ſpecie *d. l. 10. h. t.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic ceſſare partes prætoris? *arg. l. 7. ff. de dot. collat.*

6. Sed de his fruſtra diſputamus poſt conſtitutionem Leonis in *l. ut liberis*, *17. C. h. t.* & jure noviſſimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex teſtamento & judicio patris veniunt, neceſſe eſt, ut nunc etiam ii conferant, qui diverſo jure veniunt: cui illud quoque conſequens eſt, quod in caſu *d. l. 10. h. t.* nunc mero jure collatio facienda ſit, & facienda etiam in caſu *l. 6. & l. 7. ff. de dot. collat.* utpote ſublatarum per *Nov. 18. c. 6.* quæ & communis eſt opinio, teſt. Jaſ. *in d. l. 17. Cod. hoc tit. col. 5. verſ. in ultima parte*, Graſs. *lib. 2. rec. ſent. quæſt. 4.* Nemauſenſ. *dict. tractat. quæſt. 32.* Vaſq. *lib. 1. de ſucceſſ. reſ. §. 19. n. 54. & ſeqq.*

CAPUT VII.

De mutatione progreſſu temporis facta circa perſonas conferentium.

SUMMARIUM.

1. *Collatio dotis a quo quam ob cauſam impoſita filiæfam.*
2. *A quo quam ob cauſam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus injuncta.*
3. *A quo qua de cauſa producta collatio ad ſuccedentes in linea materna.*
4. *Item ad nepotes & neptes ſuccedentes cum patruis & avunculis.*
5. *A quo tandem quam ob cauſam tracta collatio ad ſuccedentes ex teſtamento.*
6. *Item liberis collationem fieri debere, etiamſi cum his extraneis heres ſcriptus ſit.*
7. *Ad excludendam collationem ſufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.*
8. *Non conferri, quod datum eſt ultra portionem hereditariam.*

PROCEDENTE tempore etiam liberis in poteſtate poſitis onus res quaſdam conferendi impoſitum eſt, & tam invicem ſibi, quam fratribus emancipatis ſimul ex edicto ſuccedentibus, bonorum ſcilicet poſſeſſione *unde liberi* aut *contra tabulas* petita.

1. Et quidem primus D. Pius conſtituit, ut filiafam. dotem, quam a patre acceperat vel promiſſam habebat, fratribus conferret, *l. 1. pr. ff. de dot. collat.* junct. *l. 3. l. 4. l. 8. l. filiæ, 12. C. hoc tit.* quod ratio æqualitatis ſuaſit, eo, quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filiæ, quod conſtante matrimonio habet, e bonis patris quodammodo exit, de quo dictum ſuperius *c. 2.* Putaverunt nonnulli obſtare *l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. erciſc.* ſed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia teſtamento patris herede inſtituta, quo caſu filia non conferebat dotem, *l. 7. C. h. t.*

2. Quod cum a D. Pio conſtitutum eſſet in dote, Leo Imperator, propter ſimilitudinem dotis, idem juris eſſe voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos ſive ἀντιφέρνη & dotis quædam compenſatio eſt; veteribus autem incognita, *l. 29. Cod. de inoff. teſtamen.*

3. Idem Imperator collationem produxit etiam ad ſucceſſionem inteſtatam in linea materna, *l. ut liberis, 17. C. hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, ſive ſui ſint, ſive emancipati, ſive ſoli ſui, ſive ſoli emancipati, ſive inter ſe mixti, ſive nec ſui, nec emancipati, quocunque jure inteſtatæ ſucceſſionis parentibus heredes exiſtant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex ſola conſideratione æqualitatis a Leone conſtitutum eſt: nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex ſenatuſconſulto ſuccedentes, neminem injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias lege duodecim tabularum deberetur hereditas: ſed horum in cauſa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non ſolum in dote, ſed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavit; videlicet ut ſine diſtinctione a patre, an a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta eſſet, conferretur; idque locum habere voluit tam in ſuis, quam in emancipatis, *d. l. 17.*

Juſtinianus autem inſuper ſuſtulit ſcrupulum, qui ortus erat ex conſtitutione Arcadii & Honorii in *l. nepotes, C. Theod. de legit. hered.* an quod ſtatutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris, & contra probandum eſſet. Fecit hoc Juſtinianus in *l. illam, 19. C. eod.* ubi ſcrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepo-

tes

Digitized by Google

tes avo aut aviæ ſuccedentes ab inteſtato non tantum inter ſe, ſed etiam patruis, avunculis, amitis, & materteris defuncti liberis ac coheredibus ſuis, atque hi viciſſim illis conferant. Bart. Jaſ. Alex. & alii *ad d. l. 9.*

4. Nondum erat collatio inter eos, qui ſuccedebant ex teſtamento, *l. 6. l. 3. ff. de dot. coll. l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. ercisc. l. 1. l. 7. C. h. t.* niſi nominatim teſtator collationem injunxiſſet, *d. l. 1. C. h. t.*

5. Tandem autem etiam hoc Jus mutavit Juſtinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos ſervaretur, conſtituit, ut liberi, quamvis heredes ſcripti bona inter ſe conferant, uti conferrent, ſi ab inteſtato parenti ſucceſſiſſent, niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut inhibuerit, *Nov. 18. c. 6.* unde *auth. ex teſtamento, C. h. t.* Aliter nimirum teſtamento facto Juſtinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus eſt, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti ſecuti ſunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut ſi teſtator collationem injunxiſſet, bona conferri deberent; ſi de collatione nihil dixiſſet, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Juſtinianus autem ſententiam parentum ſpectavit, non verba, & credidit, nec ſine ratione, ſemper in dubio hanc videri eſſe mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos ſervetur, nec alter plus altero conſequatur. Quod autem de collatione nihil caverit patet, id videri factum, quia aut cogitatione mortis præpeditus *ὑπὸ τῆς ἐν τῷ θανάτῳ ταραχῆς συνεχόμενος* aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius a ſe data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur, expreſſe teſtatur Imperator, ſed etiam collationem exigere a ſcriptis heredibus, *d. Nov. 18. c. 6.*

6. Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiamſi cum his extraneus aliquis heres ſcriptus ſit, quoniam cum per adjectionem extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos deſiderat, nec hac adjectione videri poteſt remiſſa collationis neceſſitas. Extraneo autem heredi conferendum eſſe, aut hunc conferre oportere nemo credo dixerit. Nemauſ. *c. 2. n.* 18. Rimin. *in l. 9. hoc tit. num.* 181. Anton. de Amat. *num.* 156. *& ſeq. 7.*

7. Illam autem reſtrictionem noſtram *niſi teſtator expreſſe collationem remiſerit aut prohibuerit*, juxta *d. Nov. 18. c. 6.* non ſic accipi volumus, quaſi ad excludendam collationem omnino neceſſariam putemus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expreſſam parentis voluntatem: ſed voluntatem quoquo modo ſignificatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti ſi pater majorem partem bonorum filio aſſignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotaſſet: ex eo enim ſatis intelligimus eum noluiſſe dotem a filia conferri per *l. ex parte, 39. §. 1. ff. fam. ercisc.* & ibi Coſtal. unde Wameſ. *cent. 2. Civil. conſ.* 44. recte reſpondit, teſtatorem, qui quaſdam res a filia conferendas ſpecialiter deſignaverat, intelligi reliquas a collatione exemiſſe. Sed & in caſu præcedente idem probandum eſſe, licet cauſam inæqualis diviſionis non expreſſerit pater; & ad collationem impediendam, ſi alias inæqualitas oriretur, ſufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra Fulgoſ. & Roman. contendit Aretin. *in l. 9. C. h. t. col. 2. arg. d. l. 39. §. 1. fam. ercisc.* cujus ſententiam ab æquitate commendat Nemauſ. *q.* 33. ſequitur Cravet. *conſ.* 85. *&* 125. Surd. *conſ.* 143. *n.* 18. *&* 19. & alii laudati & probati a Fachin. *lib. 5. c.* 78. quibus ſuum quoque calculum adjicit Cl. D. Tulden. *ad C. h. t. n. 2.*

8. Qua eadem ratione, etſi regulariter dos conferri debet, tamen ſi pater majorem filio, quam filiæ portionem reliquerit, cenſendus eſt tacite onus conferendi remiſiſſe. Mantic. *lib. 6. de conj. ult. vol. tit. 2. n.* 11. poſt. Odofr. Alber. Floria. & alios ibid. citatos. Denique ob hanc eamdem cauſam non confertur, quod præter & ultra portionem hereditariam datum eſt; veluti ſi pater filiæ ſuæ nomine dotem dedit centum aureorum, addita hac clauſula, *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura eſt*, quippe qua adjectione collatio non obſcure remittitur. Ant. Fab. *C. ſuo tit. defin. 2.*

CAPUT VIII.

De filio & ex nepote inſtitutis; deque filia inſtituta, quæ alias, ſtatuto, extantibus maſculis, excluderetur.

SUMMARIUM.

1. *Certo jure olim ceſſaſſe collationem, ſi filius & ſimul nepos ex eo inſtituti fuiſſent.*
2. *Sed nec novo aut noviſſimo jure collationem iſto caſu procedere.*
3. *Caſus ſuperiori non abſimilis.*
4. *Filiam, quæ ſtatuto a ſucceſſione patris extantibus maſculis excluditur, heredem cum fratribus ſcriptam, collationi obnoxiam non eſſe.*

1. JURE veteri, ſi pater filium & ex eo nepotem heredes inſtituiſſet, ceſſaſſe collationem certum eſt: quoniam omnium inſtitutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & ſuccederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: ſic enim ſi emancipatus una cum ſuo heres inſtitutus fuerat, ceſſabat ob eamdem cauſam collatio, & omnino non erat locus collationi inter ſuccedentes ex teſtamento, de quo *c. præc.*

2. Sed nec noviſſimo jure, quo etiam inter ſuccedentes ex teſtamento jus collationis eſt, in caſu propoſito collatio admittenda; quia ceſſat ratio, ob quam etiam in teſtamentaria ſucceſſione locum habere collationem placuit, nimirum conſervatio æqualitatis inter liberos: ſed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in ſucceſſione paterna, & qui, ſi teſtamentum factum non eſſet, jure liberorum ab inteſtato hereditatem obtinuiſſent; quod in propoſito non eſt, utpote cum pater in ſucceſſione inteſtati nepotem ex ſe natum in totum excluſiſſet. Abſurdum quippe eſt dicere eos, qui in ſucceſſione inteſtati jus nullum habent, ſi fuerint cum aliis inſtituti, inducere collationem; nam æqualitas illa reſpicit æquale jus liberorum in ſucceſſione inteſtati, & alias magis induceretur inæqualitas; ita poſt DD. vulgo in *l. 9. C. h. t.* Nemauſ. *q. 25.* Pet. Tholoſ. 46. *ſyntagm.* 8. *n. 24.* Gomeſ. *ad legem Tauri*, 29. Guilken. *in l. 9. C. h. t. n.* 48.

3. Similiter ſi verbi cauſa teſtator Titium filium ſuum ex ſola portione legitima heredem ſcripſerit, in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio altero prædefuncto, dicendum eſt Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum a teſtatore eodemque patre ſuo acceperat, conferre non teneri; quoniam teſtamento non condito liberi Titii in ſucceſſione avi nihil juris vivente Titio habituri fuiſſent, ſed extraneorum loco futuri. Et mirum eſt eos, qui ſecus ſentiunt, ad confirmationem contrariæ ſententiæ proferre *l. ſi nepotes*, 7. *ff. hoc tit. & l. ult. liberis*, 17. *Cod. eod.* quippe quibus locis agi conſtat de ſucceſſione inteſtata, ac proinde de iis nepotibus, qui in ea ſucceſſione jus habent, eo quod ſucceſſerunt in locum patris *d. l.* 7. aut etiam matris juxta jus novum introductum a Leone *in d. l.* 17. Quamvis autem Juſtinianus collationis jus produxerit etiam ad ſucceſſionem teſtamentariam, ſemper tamen ponendi ſunt termini habiles κατὰ τὸ ἐξ ἀδιατάκτου, ut ipſe loquitur, nempe ſi illi liberorum heredes inſtituti fuerint, qui & ab inteſtato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioſo, vel bonorum poſſeſſione contra tabulas petita teſtamentum patris evertere poſſent. Ita recte Curia Friſiæ apud Joan. a Sande *lib. 4. t. 10. defin. unic.*

4. Ex his fere judicari etiam poteſt, quid ad illam alteram quæſtionem reſpondendum ſit, an filia ſtatuto exiſtentibus maſculis a ſucceſſione ab inteſtato excluſa, & a patre ſimul cum fratribus herede inſtituta, ad collationem vocanda ſit: nimirum idem, quod in caſu ſuperiore, non cogendam conferre: quoniam cum ita excluſa nihil juris habeat in ſucceſſione patris inteſtato mortui, ſi inſtituta ſit, tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confeſſo eſt, *l. ult. Codic. comm. utr. jud.* Utique jure liberorum cenſendi non ſunt, quibus nec legitima debetur, ſed qui alendi tantum, & qui nec bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, nec præteriti *contra tabulas* petere poſſunt, nec exheredati queri de inofficioſo. Quod ſi ſoror in propoſito fratribus conferre deberet, fratres quoque viciſſim huic conferre tenerentur; quod eſt abſurdum & contra ſententiam ac favorem ſtatuti. Nec obſtat, quod ſtatuto duntaxat locus ſit in cauſa inteſtati, hic autem filia heres cum fratribus inſtituta proponatur, atque, ut vult Jaſon. *in l. 9. C. h. t. col.* 8. non ut extranea, ſed ut filia ex paterno affectu; nam æquale jus liberorum, quod habuiſſent in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato, etiam fundamentum eſt collationis faciendæ in ſucceſſione teſtamentaria, *Nov.* 18. *c.* 6. & magis eſt, ut quod ex teſtamento patris hic filia conſequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat, *arg. l. a patre*, 10. *C. h. t.* ita Nemauſ. *d. q.* 25. Pet. Tholoſ. *d. nu.* 24. Cravett. 1. *conſ.* 11. *n.* 13. poſt Bald. *in l. ult. C. de lib. præt. col. fin.* Bart. *in l. ult. ff. ad Sen. Tertull.* Rimin. *ad l. 9. C. h. t. n.* 237. *& ſeqq.*

CAPUT IX.

Quando ſeu qua in ſucceſſione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Olim collationi locum non fuiſſe, niſi in ſucceſſione ab inteſtato.*
2. *Quid ſi non teſtamentum, ſed codicilli facti eſſent.*
3. *Confutatio vulgatæ diſtinctionis inter codicillos de toto & de parte diſponentes.*
4. *Qui bonorum poſſeſſionem omittit contentus codicillo ſibi relicto, ad collationem non urgetur.*
5. *Cur codicillis factis collatio nihilominus proceſſerit, teſtamento facto non item.*
6. *Quæſtiones hujuſmodi hodie ſupervacuas eſſe, poſt Nov. 18. c. 6.*

1. OFFERT ſe nunc tertia quæſtio, quando ſeu qua in ſucceſſione collationi ſit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non ſuſtinebant onus collationis, niſi id expreſſe injunctum fuiſſet: ſed collatio tantum locum habebat in ſucceſſione inteſtata, *l. 3. l. 6. ff. de dot. coll. l. 1. l. 7. l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit.* quamquam nihil intererat, teſtamentum factum non eſſet, an quod factum erat, everſum eſſet per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut per querelam inofficioſi, *l. 4. d. l. 17. C. h. t.* atque ejus rei jam ſæpe mentio facta eſt.

2. Quæſitum autem ab interpretibus eſt, quid juris fuerit, ſi non teſtamentum, ſed codicilli facti eſſent. Curtius, Cagnol. Riminald. *in l. 9. C. h. t.*

Digitized by Google

C. h. t. diſtinguunt inter codicillos diſponentes de toto, & diſponentes de parte aliqua, atque illi aſſerunt collationem impeditam fuiſſe, his non item: nimirum illi codicillos, quibus diſponitur de toto (quamquam hoc minus accutate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos teſtamento, ut ſicuti teſtamento inſtitutus filius emancipatus non conferebat, ita ne collationi obnoxius fuerit in caſu codicillorum diſponentium de toto, id eſt, ut ego puto, de bonis univerſis aut parte hereditatis emancipato reſtituenda, quoniam hic ſuccedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua ſingulari diſponunt, idem dici non poſſe.

3. Ego vero non poſſum animadvertere, quid ad cauſam collationis interſit, de toto codicilli, an de parte diſponant: ſiquidem ex codicillis non ſucceditur: de collatione autem quæri non poteſt, niſi inter eos, qui ſimul ſuccedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogaſſe, ut portionem hereditatis fratri ſuo in poteſtate retento reſtituat. Hic filius emancipatus non ſuccedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; ſed ut ſuccedat, beneficio prætoris opus eſt, bonorum poſſeſſione unde liberi: quam ſi petat, bona ſua fratri, cum quo ſimul ſuccedit, ne incommodet ſuo heredi, conferre debet. Partem autem, quam rogatus eſt reſtituere, reſtituet, retenta quarta ex Senatuſconſulto, eamque præcipuam habebit, *arg. l. a patre*, 10. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* Idemque omnino juris eſt, ſi liberi emancipati codicillis rogati ſint de re ſingulari fratribus in poteſtate retentis reſtituenda. *dd. ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis a filio in poteſtate conſtituto fideicommiſſum hereditatis aut rei ſingularis reliquiſſe filio emancipato: nihilo magis emancipatus ex judicio patris ſuccedit, & codicillis non obſtantibus bonorum poſſeſſionem *unde liberi* petere debet: quam ſi petierit, cum filio in poteſtate concurrens bona quoque ſua conferre cogitur, ut tamen quæ codicillis relicta ſunt, quoniam extero jure capiuntur, præcipua habeat, *l. a patre* 10. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* & ibi Gloſſ. & DD.

4. Plane ſi bonorum poſſeſſionem omiſerit, contentus eo, quod ſibi relictum eſt codicillis, hoc caſu ad collationem eum urgeri non poſſe certum eſt: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit ſucceſſionem, *l. ult. ff. h. t. l. ex cauſa*, 25. *C. fam. erciſc.*

5. Sic ergo omnino habendum, Jure veteri locum eſſe collationi etiam tunc, cum codicilli facti ſunt, quoniam nihilominus ſucceditur ab inteſtato; ſed codicillis uni ex liberis relicta in contributionem non venire; quia hoc non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt, *dd. ll.* junct. *l. 1. §. 6. ff. h. t.* Teſtamenti longe alia ratio eſt; nam ſi in eo inſtitutus eſſet filius emancipatus, tum & partem ſuam, ex qua heres ſcriptus erat, conſequebatur, & de ſuo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris ſuccedebat: ſi vero præteritus eſſet, hic contra tabulas bonorum poſſeſſionem petens, quod ipſi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum teſtamentum & judicium patris everteret, *l. 5. §. 2. ff. de legat. præſtand.* add. Ant. Fab. *dec. 40. err. 4.*

6. Hæc quæſtio adhuc locum habere poteſt, ſicubi locorum obſervetur, ut collatio tantum fiat in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato: alias ſupervacua eſt, cum jure communi ex conſtitutione Novella Juſtiniani etiam ex Teſtamento conferri oporteat, & omni caſu, quo collationem ab inteſtato fieri neceſſe erat: niſi collatio expreſſim prohibita aut remiſſa ſit. *Novell.* 18. *cap. 6.* unde *aut. ex teſtamento*, *C. h. t.* & ibi DD. vulg.

CAPUT X.

De bonis collationi obnoxiis, & contra.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. 4. 5. *His numeris continetur brevis quædam repetitio eorum, quæ ſupra diſputata, præſertim cap. 2.*
6. *Diſtinctio peculii filiorumfam.*
7. *Hanc diſtinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis uſum habere, & id quoque profectitium cenſeri, quod a matre obvenit.*
8. *Appellatio ſuperioris diſtinctionis ad collationem.*
9. *Bona caſtrenſia collationis immunia.*
10. *Item quaſi caſtrenſia.*
11. *Quid juris de libris filio litteris operam danti a patre ſuppeditatis?*
12. *Quid de datis filio jam gradum adepto?*

1. HÆC quarta principalis quæſtio eſt, cæteris prolixior & ſubtilior. Ex iis, quæ ſupra diſputavimus, intelligi poteſt, liberos emancipatos cum ſuis concurrentes omnia bona, quæ ſi in poteſtate manſiſſent, patri acquiſituri fuerant, juxta edictum generale conferre debuiſſe. Itaque ſola caſtrenſia & quaſi caſtrenſia fratribus conferre, *l. 1. §. nec caſtrenſe*, 15. *ff. hoc tit.*

2. Poſt reſcriptum Divi Pii ſui heredes inter ſe aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: ſed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cætera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3. Poſtea donatione ante ſeu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, ſi modo profecta eſſet ab eo parente;

 de

de cujus hereditate dividenda ageretur : quod ſuaſit ratio æqualitatis, *l. ut liberis*, *17. Cod. hoc titul.*

4. Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, cujus in poteſtate erant, liberi pleno jure acquirebant ; ſola materna & materni generis excipiebantur. Itaque veriſimile eſt emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemptos fuiſſe : quoniam etſi in poteſtate manſiſſent, horum proprietatem non patri, ſed ſibi acquiſiviſſent : ob hanc enim rationem duntaxat caſtrenſia & quaſi caſtrenſia non conferebantur.

5. Poſtquam autem adventitiorum omnium proprietas liberis in poteſtate conſtitutis conceſſa fuit a Juſtiniano, recte eidem Imperatori viſum eſt ne quicquam conferretur præter profectitia, id eſt, ea, quæ ex bonis parentis, de cujus ſucceſſione quæritur, profecta ſunt, *l. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam ſpeciatim definiamus, quæ res conferendæ ſint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, ſive in poteſtate ſint, ſive non ſint, accurate diſtinguere.

6. Quicquid filiifam. habent, ſive conceſſione patris, ſive partum ſuo labore, aut aliunde quæſitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor ſunt genera 1. caſtrenſe, quod per occaſionem armatæ militiæ filiofam. quæſitum eſt, 2. quaſi caſtrenſe, quod in toga reipub. operam navans paravit, 3. profectitium, quod a patre ſive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiſcitur, 4. adventitium, quod aliunde obvenit, *l. ult. C. de inoff. teſt.* §. 1. *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Primum & ſecundum genus bonorum pleno jure eſt ipſorum filiorumfam. tertium pleno jure patris : quarti uſusfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietas, *d.* §. 1.

7. In eos autem, qui ſunt ſui juris, etſi hæc diſtinctio & nomen peculii non cadit, *d. l. ult. C. de inoff. teſt. l. paterfam. 182. de verbor. ſignif.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam diſtinctione illa uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias ſui juris factis, *l. 1.* §. *nec caſtrenſe*, *15. ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus ſucceſſione agitur, etiamſi mater aut avia ſit, pro profectitio, quoad effectum conferendi habendum eſt, *l. ut liberis*, *17. Cod. eod.*

8. Jam vero juxta hanc diſtinctionem bonorum ſic ſtatuendum eſt, cujus generis bona filius ſi ſit in poteſtate Patris, patri non acquirit, ſed ſibi præcipua habet, ejuſdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet : ſed uti fratres ſua illa præcipua haberet, ita & emancipati ejuſdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in poteſtate manſit, patri ſuo acquirit, ejuſdem generis bona emancipatus fratribus confert : quoniam cum hujus generis bona in filiosfam. collata, veniant ſua ſponte in diviſionem paternæ hereditatis, & ita communicetur cum emancipatis fratribus, iniquum eſt ejuſdem generis bona emancipatos in diviſionem hereditatis non conferre, *l. filiæ*, *12. Cod. hoc titul.*

9. Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona caſtrenſia, *l. ult. C. h. t.* & jam olim hæc fratribus ſuis non conferebant emancipati, *l. 1.* §. *nec caſtrenſe*, *15. ff. eod. l. 12. C. eod.* nempe quia & ſi fratres, qui in poteſtate manſerunt, ejuſdem generis bona acquiſiviſſent, ea in diviſionem hereditatis paternæ non veniebant, ſed præcipua ſibi habebant, utpote patri nunquam quæſita, ſed illis pleno jure tributa tanquam patribusfam. §. 1. *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* Proinde nec ſi quæ res mobiles a patre, aut a matre, aliiſve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ ſint, puta equi, arma &c. conferentur, quia caſtrenſi peculio cedunt, *l. 4. C. fam. erciſc. l. 1. Cod. de Caſtr. pecul. l. 12.* Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata ſunt a propinquis, aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10. Eadem ratio eſt & bonorum quaſi caſtrenſium, *d. l. 1.* §. *nec caſtrenſe*, *15. ff. h. t.* Itaque ſi quid filii in alicujus dignitatis aut adminiſtrationis gradu poſiti, ſi cauſas in foro orantes, ſi liberales artes publice profitentes &c. acquiſierint, id in collationem non venit.

11. Quæſitum eſt, an idem dicendum ſit de libris a patre filio litteris operam navanti emptis & traditis, ut & ipſi tanquam quaſi caſtrenſe peculium non conferantur. Hanc quæſtionem prolixe tractat Gilken. *ad auth. ex teſtamento*, *n. 29. & multis ſeqq. C. h. t.* Sed nihil opus eſt tam operoſa diſputatione. Nam ſi illa librorum datio aut ſuppeditatio a patre revocari poteſt, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum Bart. *in l. 1.* §. *nec caſtrenſe*, *15. ff. h. t.* Jaſ. *in l. filiæ*, *12. C. eod.* Bald. *in l. 5. C. ad Sen. Maced.* & recte, *arg. l. ſive emancipatis*, *17. C. de donat. l. 10. l. a marito 18. C. de don. int. vir. & ux.* libri ita patre comparati & ſtudiorum cauſa filio traditi, pro quaſi caſtrenſi peculio haberi non poſſunt. Imo nec ſtudioſi, quamdiu in curſu ſunt, quaſi caſtrenſe peculium habent : utique non recenſentur in eorum numero, qui habent, *l. ult. C. de inoff. teſt.* nulliuſque momenti eſt argumentum pro contraria ſententia ductum a privilegiis, quæ ſtudioſis conceſſa in *auth. habita*, *C. ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio eſt, Imperator quædam privilegia doctoribus & ſtudioſis promiſcue conceſſit : ergo conditionem eorum exæquavit ? Ac proinde ſi pater prius mortuus fuerit, quam filius curſu ſtudiorum ſuorum abſoluto titulum Doctoris

Li-

Digitized by Google

Licentiati, aut Magiſtri meruerit, dici non poteſt, libros illi ſubminiſtratos quaſi caſtrenſi peculio accenſendos & collatione immunes eſſe: quod & ipſum confirmant Beda Caſtr. Fulgoſ. *in l. 1. ſi donatione, 13. C. h. t.* Ant. de Amatis *l. 9. C. eod. n. 139.* & plures alii, quos memorat Gilken. *ubi ſup. n. 42.*

Sed neque ex illo capite, quo donatio ſimplex non confertur, libros filio bonis artibus operam danti a patre datos a collatione eximere poſſumus: quoniam ut recte Bald. *in d. l. 5. C. ad Sen. Mac.* pater filio ſcholari emens libros, eos donare minime cenſendus eſt: *& l. 1. C. de Caſtr. pec.* accipienda de iis, quæ filio donata ſunt, non quæ ſimpliciter data aut conceſſa, add. Sichard. *in d. l. filiæ, 18. C. fam. erciſc. n. 3. & 4. & in auth. ex teſtamento, C. h. t. n. 20.* Plane ſi pater libros, quos filio comparaverat, eum patiatur retinere etiam poſtquam titulum Doctoris &c. adeptus eſt, ex eo tempore peculio quaſi caſtrenſi adſcribendi videntur, rataque eſſet atque irrevocabilis donatio, *arg. l. Sticho, 53. ff. de pecul. l. donationes, 25. C. de don. int. vir. & ux.*

12. Sane enim ſi filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro verſanti libros aliquos pater dediſſet, eos peculii quaſi caſtrenſis jure cenſeri oportere crediderim. Alber. de Roſat. *in l. 13. C. h. t. n. 7.* Bart. *in l. 1. §. nec caſtrenſe, n. 2. ff. eod* late Salic. *in l. filiæ, 18. C. fam. erc. n. 14. & 15.* Sichard. *in d. auth. ex teſtamento, n. 20.* Vaſq. *lib. 2. de ſucceſs. reſol. §. 19. n. 30. & ſeqq.* Schneid. *in §. quædam, Inſt. de act. ubi de actione fam. erc. n. 48.* Perez. *C. h. t. n. 12.* Gilken. *ubi ſup. n. 35.* & ibi citati.

CAPUT XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1. *Adventitia jure noviſſimo non conferuntur.*
2. *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit.*
3. *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4. *An ſi percepti a filiofam.*

1. SECUNDUM diſtinctionem bonorum capite præcedenti poſitam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam poſtquam conſtitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Juſtiniani effectum eſt, ut, nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte viſum eſt Juſtiniano & ſuperioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur: a propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia conferrentur, *l. ult. C. hoc tit.*

a *Vinn. Tract. Varii.*

2. Et igitur nec emancipati jam neceſſe habent conferre, quæ ipſis aliunde quam a patre obvenerunt, ut recte ſtatuunt DD. comm. *inſuper d. l. ult. C. hoc tit.* Etenim correcta ratione legis, & ipſa lex correcta intelligitur. Cum ergo Juſtinianus in *d. l. ult.* ad exemplum caſtrenſis peculii hoc ſe ſancire teſtetur, ne ea quæ parentibus non acquiruntur, collationi poſt mortem parentum ſubjaceant, etiam hoc ſancire ſimul intelligitur, ne emancipati ea, quæ ſi in poteſtate manſiſſent, patri non acquiſiviſſent, conferre neceſſe habeant, quippe cum ob hanc unam cauſam emancipati olim caſtrenſia conferre non tenerentur; quoniam etſi in poteſtate manſiſſent, nihil tamen juris in his patri acquiſitum fuiſſet. Diſſentit tamen Nemauſ. *c. 2. n. 20.* poſt Odofr. *in d. l. ult.* & Jac. de Ravenn. relatum ab Alex. & Jaſ. Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo noſtra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure conſtitutum eſſe, ut emancipati una cum ſuis heredibus ad hereditatem paternam adſpirantes omnia bona ſua in medium conferant, *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 6. C. eod.* nullamque legem aut conſtitutionem proferri poſſe, qua hæc illis neceſſitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Juſtinianus in *d. l. ult.* quæ edicta eſt Lampadio & Oreſte Coſſ. neceſſitatem collationis attemperavit rerum acquiſitioni; & bona adventitia in cauſa collationis ejuſdem juris eſſe voluit, cujus jam antea erant caſtrenſia; quæ conſtat nunquam in collationem veniſſe.

3. De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæſitum eſt, an non hos ſaltem emancipati conferre teneantur, quoniam ſi in poteſtate manſiſſent, eorum commodum patri quæſitum fuiſſet. Quod omnino affirmandum videtur, ſive novi juris rationem ſpectes, æqualitatem videlicet; ſive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in poteſtate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo poſt Cyn. Bart. Caſt. Fulgoſ. tradit Jaſ. *in d. l. ult. col. 2.* Nec obſtat, quod objicit Nemauſ. *q. 8.* quod filius emancipatus, ſtatim pleno jure hoſce fructus ſibi acquirat: ſufficit enim ad onus collationis, quod patri acquiſiti fuiſſent, ſi manſiſſet in poteſtate. Cogitandum tamen an non officio arbitri familiæ erciſcundæ collatio iſta moderanda ſit propter alimenta, quæ filio in poteſtate pater præſtitit: cum emancipatus ſe ipſe exhibere debeat, per ea, quæ ſupra *c. 5. in fin.*

4. Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum a filiofam. percepti conferendi ſunt; quoniam adventitia, quatenus eorum poſſeſſio & uſus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum proinde fructus præcipuos ſibi retinere filius non poteſt: Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum cenſendi, quia ad patrem pertinent: Accedit & ratio æqualitatis, quoniam ut jam

dictum eſt, emancipati eorumdem bonorum fructus conferre tenentur. Plane ſi ſine dolo malo conſumpti fuerint, ceſſabit collatio *per l.* 1. §. *confertur*, 23. *l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.* Nemauſ. *q.* 8. Rimin. *ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 358. Jaſ. *in l. ult. C. eod. col.* 2. Quod ſi pater ipſe uſumfructum retinere noluerit, aut filio ſimpliciter donaverit, ut in ſpecie *l.* 6. §. 1. *verſ. ſin autem*, *C. de bon. quæ lib.* ceſſabit collatio. Gomeſ. *ad l.* 29. *Tauri num.* 28. & DD. ibid. recenſiti, hæc quæſtio autem ſupervacua eſt, ubi plena adventitiorum proprietas ipſis filiisfam. acquiritur, ut paſſim in Belgio & Gallia. Gudelin. *lib.* 1. *de jure novell.* 24. Grot. 1. *manud.* 6. Chaſſan. *in conſuet. Burg.* §. 2. *tit. des enfans de plusieurs lictz*.

CAPUT XII.

De collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Dos & donatio propter nuptias quando quibus conferatur.*
2. *Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias ſibi datam conferant.*
3. *An & quam dotem & quibus filiafam. aut filiæ emancipatæ conferant.*
4. *Quid jure veteri iſto caſu obtinuerit, & nu.* 5. *&* 6.
7. *Quid ſi dos non data, ſed tantum promiſſa fuerit.*
8. *Filius non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ.*
9. *Nec dotem, quam filiæ ſuæ dedit, niſi ad eum reverſa ſit.*
10. *Quid ſi hæreditas diviſa non interveniente collatione.*
11. *Quid juris ſi conſtante matrimonio de dote conferenda agatur.*
12. *Sententia auth. quod locum C. hoc tit.*
13. *An diſpoſitio d. auth. hodie obſervetur.*

IGITUR cum neque bona caſtrenſia aut quaſi caſtrenſia, neque adventitia ſubjecta ſint collationi, ut jam demonſtratum eſt, ſi qua ſunt legi collationis obnoxia, ea erunt ſola bona profectitia, quod & verum eſt. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta ſunt ab eo parente, de cujus ſucceſſione agitur; etiamſi a matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis teſtamento aut codicillis non ſit remiſſa collatio: cæterum pleraque.

1. Primum conferenda eſt dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius a parente, de cujus hereditate agitur, accepit, *l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit. Nov.* 18. *c.* 6. Ajo, *de cujus hereditate agitur*: nam ſi verbi cauſa agatur de ſucceſſione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis ſuis conferre dotem quam accepit a matre: quia non eſt profecta ex bonis ejus parentis, cui nunc ſuccedit, quod *d. l.* 17. requirit. Bart. *in l. illam*, 19. *C. hoc tit. n.* 7. Cyn. *ibid. n.* 2. & poſt hos Caſtrenſ. *num.* 4. Fulgoſ. *num.* 3. Roman. *num.* 10. Corn. *num.* 24. eademque eſt ratio donationis ante nuptias.

Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipſa aut pater accepit a matre aut patre ſuo, id nepotes & neptes, avo aut aviæ ſuccedere cupientes, patruis ſuis & avunculis conferre, ut patrem & matrem ſuam repræſentantes, debent, *l. illam*, 19. *C. hoc t.* & ibi comm. DD. Gomeſ. *ad l. Tauri*, 20. *num.* 7. Et quidem collatio hæc a nepotibus fieri debet, quamvis a ſucceſſione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias acceperit, abſtinuerint, dummodo adſpirent ad ſucceſſionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita conſulit Mol. *conſil.* 25. reſpondit Charond. 3. *reſponſ.* 8. & non ſemel judicavit Curia Pariſienſis, teſtibus Chopin. *lib.* 3. *de priv. ruſtic. cap.* 9. Papon. *lib.* 21. *tit.* 7. *arreſt. ult.* Charond. *lib.* 3. *reſponſ.* 55.

2. Quid ſi avus vel avia, de quorum ſucceſſione quæſtio eſt, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, ſed ipſis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam deceſſiſſe filio & filia, & ex alia filia præmortua nepote, & nepte a ſe dotata, relictis. In hac ſpecie neptem non avunculo & materteræ, ſed nepoti eidemque fratri ſuo dotem conferre oportere, reſponderunt Fulgoſ. Roman. Salic. Angel. *in d. l. illam*, *Cod. hoc tit. arg. l.* 1. §. *ſi nepos*, 2. *ff. de dot. collat.* Atqui iſto in loco agitur de collatione dotis facienda a nepte filiafamil. & de collatione bonorum omnium facienda a nepte emancipata, ex ratione juris veteris & reſcripto Divi Pii, quod ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: niſi dicamus nunc etiam pertinere ex conſtitutione Leonis in *l. ut liberis*, 17. *Cod. hoc tit.* & Juſtiniani in *d. l. illam*, *Cod. eodem*. Sed magis eſt, ut totum illud jus hiſce conſtitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam eſſe, atque in cauſa dotis & donationis propter nuptias, ſi illa profecta ſit ab his perſonis, de quarum familia erciſcunda agitur, ſola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd. ll.* mallem reſpondere, etiam patruis & avunculis in ſpecie propoſita conferendum eſſe, cum Caſtr. Corn. Alex. *Dec. in dict. l. illam*, Purpur. *ibid. n.* 39. ubi hanc opinionem communem eſſe ait. Sane ſi neptis, quæ dotem accepit, ſit ſola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam

patruo

Digitized by Google

patruo conferendum eſſe, *d. l.* 1. §. 3. *de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris, *d. l. illam, C. hoc tit.* extra controverſiam eſt. Idemque eſt in cauſa donationis propter nuptias factæ nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate ſimplici, ſed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi junguntur, proficiſcatur: atque hæc affectio ſit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris, ſeu æqualitatis contemplatio etiam hic ſuadet collationem: ſuſe & ſubtiliter de ſuperiore quæſtione in utramque partem diſputat Ant. de Amatis *ad l.* 9. *C. h. t. n.* 153. *& ſeqq.*

3. Quoniam autem hodie liberi ſine diſtinctione dotem tantum profectitiam, id eſt, ut nunc interpretamur; eam, quæ profecta eſt ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre conſtat, ſupervacua nunc eſt diſputatio interpretum *l.* 4. *C. h. t.* quærentium, an & quam dotem filiæfamil. conferant ſuis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ ſuis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique judicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio utcunque intelligatur.

4. Certum eſt filiam cum fratribus ſuis patri ab inteſtato ſuccedentem, dotem, quam acceperat, vel promiſſam habebat conferre debuiſſe, *l.* 1. *& paſſim ff. de dot. coll. l.* 2. *l.* 4. *C. hoc tit.* Non ſolum autem filia dotem conferre debebat, ſi emancipata erat, ſed etiam ſi eſſet in ſacris patris, id eſt, in poteſtate patris morientis, *l. filiæ*, 12. *C. h. t. d. l.* 1. *pr. ff. de dot. collat.*

5. Emancipatam conſtat etiam dotem fratribus, qui in poteſtate manſerant, contuliſſe, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur, *l.* 1. *ff. h. t. l. ſi emancipati*, 9. *C. eodem*. Emancipatis autem fratribus ſicut cætera bona conferre non cogebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos ceſſabat collatio, *d. l.* 9. *C. hoc tit.*

6. Filiafamil. & ipſa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in poteſtate patris & eadem familia manſerant, *l.* 3. *in fin. l.* 4. *l. filiæ*, 12. *C. eod.* Quin & fratribus emancipatis, *d. l.* 4. Nec obſtat, quod in *d. l.* 3. *& d. l.* 12. nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, *qui in poteſtate manſerunt in eadem familia conſtitutis*. Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur, ſed quia filiafam. fratribus in poteſtate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit; emancipatis autem non omnem, ſed ſolam profectitiam, *d. l.* 4. quo loco non de filia emancipata, ſed de filiafamil. agitur, quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit, & illa verba *dict. l.* 4. *profectitiam ſeu adventitiam dotem a patre datam vel conſtitutam*, quæ alias nullum idoneum ſenſum habent, ſic accipienda ſunt, ac ſi ſcriptum eſſet, *a patre datam, vel alias* aut *ab aliis conſtitutam*, ut utraque dos, cujus & mentio ſit, his verbis comprehenſa intelligatur. Ita ferme & Don. *ad l.* 2. *C. hoc tit. in opuſc. poſthum.* niſi quod verba *d. l.* 4. modo relata, alio ſenſu donat Cujac. 3. *obſerv.* 30.

7. Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non eſt, ſed tantum promiſſa, *l.* 1. §. 1. *de dot. collat.* Sed quoniam promiſſam dotem filia non habet, neque per ſe, quia ei data non eſt, neque per maritum, quia marito numerata non fuit: idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem eſt actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus ſuis ita conferret, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut ſi verbi gratia pater filiæ dotem promiſerit, & deceſſerit relictis tribus liberis, duobus maſculis & filia, hi ſuccedentes ex æquis partibus, ſuccedunt quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis, *l.* 2. *C. de her. act.* Proinde filia fratres ſuos pro tertia parte ſingulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum eſt in donatione propter nuptias promiſſa tantum, non data.

8. Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ: nam etſi dos in bonis ſit mariti, quamdiu conſtat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelligitur, ejuſque in proprium adhuc patrimonium eſſe, propterea quod ſoluto matrimonio ad eam reverſura eſt, *l. quamvis*, 75. *ff. de jur. dot. l.* 3. §. *ergo*, 5. *ff. de minor.* Imo etſi maritus morte mulieris dotem lucratus ſit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ ſuſtinuit, *l.* 1. *emancipatus*, 20. *l.* 3. § *quare*, 4. *ff. hoc tit.*

9. Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ ſuæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit, *l.* 4. *eod. l.* 1. §. *ult. ff. de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio, *l. pater*, 71. *ff. de evict.* Quid vero ſi ſolutum fuerit matrimonium & dos ad patrem reverſa? Aſſentior Accurſio in *l. dotem*, 6. *ff. hoc tit.* pronuntianti patrem debere dotem ad ſe reverſam, fratribus ſuis conferre: quod & Cujacius probat in *l.* 4. *ff. eod. tractat.* 4. *ad African.*

10. Hoc autem jure nunc poſito, dotem & donationem propter nuptias a quibuſcunque parentibus, de quorum ſucceſſione diſceptatur, profectam, conferendam eſſe, conſequens omnino eſt, ſi filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus ſuis hereditatem diviſerint, & dolo conſecuti ſint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos eſſe poſtea, fratribus ſuis reſtituere id, quod amplius habent, quam habituri fuiſſent, ſi dotem aut donationem propter nuptias contuliſ-

ſent, *l. ſi ſoror*, 8. *C. hoc tit.* & quidem officio judicis, ut poſt Gloſſam Cyn. Bart. Fulgol. Caſtr. & DD. comm. *in d. l.* 8. aut ut ego arbitror, condictione indebiti, *arg. l. cum putarem*, 36. *in fin. ff. fam. erc.* Quod ſi is, qui collationem deſiderat, ſit in poſſeſſione rerum hereditariarum, poterit idem conſequi oppoſita doli mali exceptione, *arg. l. pater*, 8. *ff. de dot. collat.*

11. Quid autem dicendum, ſi adhuc maritus filiæ vivat, & conſtet matrimonium, an etiam hoc caſu dotem conferre debebit? Movet quæſtionem, quod dos conſtante matrimonio eſt penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipſa non habet: aut ſi cogenda eſt conferre, videtur ſaltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem a marito exigat: Et quidem filia conſtante matrimonio non poteſt dotem a marito petere, quæ jure communi demum ſoluto matrimonio exigi poteſt, *l. 2. ff. ſolut. matrim. C. l. 5. h tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut ſcilicet eo minus in partem delatæ ibi ſucceſſionis paternæ auferat, *d. l. 5.* Neque hoc iniquum eſt a filia exigi, quaſi ea dotem non habeat. Etſi enim conſtante matrimonio dos penes maritum eſt, & ita penes maritum, ut non poſſeſſor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & cauſam uxoris ſuſtinentur, *l. quamvis*, 75. *ff. de jur. dot.*

12. Sed convenientiſſimum temperamentum additum eſt in *auth. quod locum. C. h. t.* cujus hæc ſententia eſt, ut filia conſtante matrimonio dotem etiam non exactam a marito conferre debeat, ſi aut maritus ſolvendo ſit, aut ſiquidem non ſit ſolvendo, ſed culpa mulieris factum ſit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum ſciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea eſt, ſi potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus, primum ſi fuit ſui juris, deinde ſi fuit quidem in poteſtate patris, ſed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, ſed pater non obſtitit, quominus exigeret; aut denique ſi dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi poteſtas ſit *d. auth. quod locum*, ubi hoc etiam notant DD. comm. Perez. *ad C. h. t. n. 15.* optime Harmenop. *lib. 5. περὶ συνεισ.*

13. Alciatus *lib. 4. parerg. c. 9.* tradit *d. auth. quod locum*, uſu non obſervari, ſed dotem conferendam eſſe, etiamſi culpa mariti perdita ſit; quod etiam teſtatur Molin. *in addit. ad Dec. l. 6. C. h. t.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi paſſim ſervari juris communis diſpoſitionem arguunt ſcripta interpretum in *d. auth.* & teſtatur Chriſtin. *vol. 1. dec. 178. n. 14. & vol. 5. dec. 198. n. 11. & 12.* atque ſecundum eam judicavit Curia Neapolitana teſte Afflict. *dec. 247.* ubi etiam Cæſ. Urſill. *in annot.* Moribus tamen noſtræ quoque Bataviæ diſpoſitio *d. auth.* non obſervatur; & Curia etiam Mechlinienſis cenſuit eam de conſuetudine non ſervari. Chriſtin. *ubi ſupra.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit ſimpliciter ſine uſuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impenſæ neceſſariæ *l. 1. §. cum dos*, 5. *ff. de dot. collat.* ſed de eo fuſius infra *c. 16.*

CAPUT XIII.

De collatione ſumptuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Impenſæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, ſi ſtatim pereant, non conferuntur; ſecus, ſi durent & liberis ſalvæ maneant, & n. 4.*
2. *Eadem diſtinctio adhibenda in ſumptibus a patre factis ſtudiorum filio gratia.*
3. *Quando patre mortuo ſumptus continuandis ſtudiis neceſſarii ad commune onus pertineant.*
5. *Toties collationi, quæ alias ceſſaret, locum eſſe, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.*
6. *Fori noſtri circa hæc praxis.*
7. *Quid ſi filius pecuniam ſibi ſtudiorum cauſa miſſam diſſipaverit.*
8. *Conſiderationes auctoris circa eandem quæſtionem.*
9. *In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hoſtibus filio, ſolvit.*
10. *An & quod ſolvit pro filis delicto.*
11. *Quæ liberis data ad familiam ſuſtentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferuntur.*
12. *An conferenda donatio uni ex liberis ob ſingulare meritum facta.*
13. *Datum matrimonii nobilioris perſona conciliandi gratia non recte eximitur collationi.*
14. *Sumptus pro filio facti dignitatis alicujus adipiſcendæ cauſa non conferuntur.*
15. *Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.*
16. *Militiæ verbo quid paſſim apud noſtros ſignificetur, & n. 19.*
17. *Sententia* l. pen. pr. C. hoc tit. *ubi de collatione emolumenti ex militia empta ab uno percepti.*
18. *Nullæ ſunt militiæ ex caſu contra Taurellum.*

20. *Suf-*

20. *Sufficit ad collationis neceſſitatem, quod acceptum eſt, aut vendi poſſe, aut ad heredes tranſmitti.*

QUÆSITUM eſt de reliquis ſumptibus, quos præter & donationem propter nuptias liberorum cauſa parentes facere ſolent, & primum quidem de impenſis aliis præter dotem in elocanda filia fieri conſuetis.

1. Diſtinguendum videtur, an hæ impenſæ ſtatim conſumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in feſtivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis ſalvæ maneant; cujus generis ſunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis ſunt, collationem effugiant, quæ hujus non item: quoniam dici non poteſt eas cadere in ſimplicem donationem, cum ſint appendices dotis, *l. 8. C. de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra ſententiam & humanitatem recentiorum conſtitutionum. Sumptus autem facti in convivium nuptiale licet & ipſi nuptiarum cauſa facti videantur, ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, ſpectant; qui proinde eo animo tales ſumptus, qui & ſtatim pereunt, feciſſe intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent, facit *arg. in l. id veſtimentum, 25. ff. de pecul.* Bart. *in l. 1. §. nec caſtrenſe, l. 5. ff. hoc tit. n. 9.* Gomeſ. *ad legem Tauri, 19. n. 15.* Gail. 2. *obſ. 91. n. 5.* communem aſſerens Tulden. *in C. hoc tit. n. 10.* Perez. *n. 15.* & eadem quoque in effectu eſt ſententia Gudelini *lib. 2. c. ult.* Sichardi *ad l. filiæ, 18. n. 2. C. fam. erc.* Ant. de Amatis *ad l. 9. C. hoc tit. n. 366.* Schneid. *in §. quadam actiones, Inſt. de act. n. 47. ubi de act. fam. erc.*

2. Similiter quæſitum eſt de ſumptibus, quos pater ſuppeditavit filio ſtudiorum gratia peregre agenti, an & illi conferre debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda diſtinctio, quæ ſupra, ut ſcilicet, ſi quid pater erogarit in viatica, in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius uſus eſt, ſed in collationem non veniat: quoniam hi ſumptus pereunt, & jure quodam alimentorum cenſeri debent, *l. quæ pater, 50. fam. erciſc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine a patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit, *arg. l. 5. C. ad ſenat. Maced.*

3. Quinimo & ſi patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manſerint, ſumptus cœptis ſtudiis continuandis neceſſarios ſocietati imputandos, quaſi univerſorum bonorum contracta tacite ſocietate, quidam reſponderunt, *arg. l. ſi ſocietatem, 73. §. 1. ff. pro ſoc.* quod quidem admiſerim, ſi fratres conſortes poſt mortem patris bonis indiviſis, non paternis tantum, ſed etiam cæteris in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec a ſe invicem rationes unquam exegerint. At ſi tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid geſſerit, ſibive habuerit, univerſalis ſocietas minime contracta videbitur; nec tunc hujuſmodi impenſæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune ſit, *per l. cum duobus, 52. §. Papinianus 6. pro ſoc. l. ex parte, 30. §. 3. fam. erc. l. 4. C. comm. utr. jud.* Schneid. *ubi ſup. n. 56.* Ant. Fab. *C. ſuo, pro ſoc. defin. 3.* Tulden. *comm. ad Inſt. eod. cap. 1.*

4. Contrarii autem generis ſumptus veluti libri, inſtrumenta mathematica, tabulæ & ſphæræ geographicæ, aut ſimilia, quæ pater filio ad promovenda ejus ſtudia comparavit, quoniam horum ſumptuum utilitas perpetua eſt, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges adverſantur; ac proinde in dubio pater videri non debet voluiſſe hæc filium habere præcipua *per Nov. 18. cap. 6.*

5. Quin etiam ad evitandam iſtiuſmodi inæqualitatem, ubi alii quoque ſtudiorum ſumptus æquo ampliores ſunt pro modo facultatum patris, collationi locum eſſe ex præſumpta patris voluntate cenſet Tulden. *ad Cod. hoc tit. num. 11.*

6. Adeoque pro generali axiomate a DD. traditur, toties collationi, quæ alias ceſſaret, locum eſſe, quoties citra collationem nimia oriretur inter liberos inæqualitas *arg. l. pen. in fin. C. hoc. tit.* Alexand. *in l. ſi donatione, 93. n. 22. C. eod. Dec. num. 42.* poſt Bald. & alios. Horat. Luc. *de privil. ſcholar. priv. 27. n.* 10. ubi & plures laudat: quando autem talis inæqualitas emerſura ſit, id judicis arbitrio committendum eſſe exiſtimat cum Curt. Jun. *in l. filiæ, 12. circa fin. C. eod. per l. quæſitum, 12. §. idem reſpondit, 43. verſ. ſed & ipſe Papinianus, ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg. l. filiæ, 43. de legat. 3. l. 2. §. 2. ff. hoc tit.* Semper tamen neceſſaria alimenta, quibus filius indiguiſſet domi retentus, eximenda collationi, quia hactenus nihil amplius impenſum in eum, quam in alios, *arg. l. alimenta, 1. C. de neg. geſt.* Perez. *C. hoc tit. n. 12.* Hæc autem omnia ita, niſi de contraria voluntate patris appareat: & multum in hac etiam re apud Practicos valet arbitrium judicis. Weſemb. *conſ. 80. n. 14. p. 2.*

7. Ex uſu autem fori noſtri, ut accepi, certa etiam horum ſumptuum collatio eſt, niſi pater teſtamento aut alia teſtatione voluntatis ſuæ aliter ſe vere declaraverit. propter *art. 10. Ord. Politic.* ibi, *ofte diergelijke*, quamquam ex illis verbis hoc minime ſequitur, & forte melius eſt, ut adhibeatur diſtinctio ſuperior.

8. Quid ſi filius pecuniam ſtudiorum cauſa ſibi miſſam a patre in luxu aut alea diſſipavit? Puto conferendam eſſe: quia non ſunt impenſæ ſtudiorum, quæ ea non juverunt, ſed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui

aliam

Digitized by Google

aliam ob cauſam miſit, refragari videtur: cui etſi forte objici potuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquiſierit, hoc tamen neque filio prodeſſe debet, nec aliis nocere, *arg. l. auxilium*, 37. *in fin. de minor.* Accedit, quod ex pecunia ita profligata nec decus, nec præſidium ullum vel reſpub. vel coheredes expectant, atque ita deficiat cauſa favoris & privilegii, ita recte meo judicio Greg. Toloſ. 46. *ſynt.* 8. *num.* 7. Tulden. *ubi ſupra num.* 12. poſt Nemauſ. *quæſt.* 18. & DD. ibid. citatos.

9. Porro collationi non ſubjicitur lytron, quod pro redimendo ab hoſtibus filio pater ſolvit: nam juſta triſtiſſimi caſus miſeratio præſumptionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi id eſſe præſtitum, *arg. l. liber captus*, 17. *C. de poſtlim. rev.* facit *arg. in l.* 1. *C. de neg. geſt.* Gomeſ. *ad legem Tauri*, 29. *num.* 19. Tulden. *ubi ſupra num.* 12. Perez. *ad C. hoc tit. num.* 52.

10. Ne id quidem collationi ſubjici, quod pro filii delicto pater exſolvit, vult Gomeſ. *ad l. Tauri*, 29. *num.* 20. quaſi & illud pietatis cauſa patrem feciſſe interpretari debeamus, quod vix eſt, ut probare poſſim. Nam odium delicti nec præſumptionem pietatis admittit, ut magis ex neceſſitate, in qua nemo liberalis eſt, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quaſi donare filio voluerit, idque eum præcipuum habere. Perez. & Tulden. *ubi ſupra*. Gilken. *in auth. quod locum*, *num.* 16. *& ſeqq. C. hoc tit.* Vaſq. *de ſucceſſ. reſol. lib.* 2. §. 19. *num.* 41. *& lib.* 3. *de ſucceſſ. creat.* §. 30. *n.* 220. *& ſeqq.*

11. Non eſt autem dubitandum, quin collationi obnoxia ſint & ea, quæ liberis data ſunt ad ſuſtentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio ſimplex non eſt, ſed quodammodo neceſſitate cogente fit, quam ob cauſam nec revocari poteſt, dotique & donationi propter nuptias ſimillima eſt. De tali autem donatione accipienda ſunt verba Leonis in fine *l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit. congruis art.* 29. *Ordin. Polit.* & quidem nulla eſt hac de re controverſia.

12. De illo vero quæſitum eſt, an quod pater uni ex liberis ob bene merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obſequiales, quæ remunerationem non merentur, ſed puta propter ſingularis cujuſdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit e manibus hoſtium &c. collationi ſubjici oporteat? Et magis eſt, ut ſubjici non debeat: quoniam hoc caſu filius, non ut filius meruiſſe donationem videtur, ſed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere, *fac. l.* 10. *C. h. t.* ibi *extero jure*, id eſt, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob inſignia in ſe merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adſcribendum videtur, quam adventitio, tamquam partum præcipua quadam induſtria atque opera filii, *arg. l. cum oportet*, 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* in verb. *quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus ſuis ad eum pervenerunt*. Et quid vero? ſi ſimplex donatio conferenda non eſt; quanto minus conferenda erit, cui etiam cauſam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? conſulantur Nemauſ. *quæſt.* 1. *n.* 3. Gomeſ. *ubi ſupra n.* 23. *& ad l. Tauri*, 29. *n.* 23. Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. tit. de ſucceſſ. rubr.* 7. §. 5. *n.* 47. *& ſeqq.* Sichard. *in auth. ex teſtamento*, *num.* 15. *C. hoc. tit.* Greg. Tholoſ. 46. *ſyntagm.* 8. *n.* 13. Ant. Fab. *C. ſuo hoc tit. defin.* 4. Decher. 2. *diſſ.* 6. *n.* 4. Gilken. *in l. ſi donatione*, 13. *C. hoc tit.* ubi etiam occurrit argumentis quibus Menoch. *lib.* 3. *præſumpt.* 29. *n.* 11. in contrarium movetur; nec ſunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia verſatus ſit, refelli queant.

13. Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum eſt ad conciliandum alicujus perſonæ nobilioris matrimonium, ſine quo alias id obtineri non potuiſſet. Nam cum id a conditione dotis aut donationis propter nuptias ſeparari non debeat, utique etiam collationi ſubjiciendum eſt, *arg. l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit.* D. Tulden. *ibid. n.* 9. Vall. *conſ.* 44. *&* 70. *lib.* 4. Recedit ab hac ſententia Fachinæus *lib.* 5. *contr.* 81. cum Cravett. *conſ.* 85. Jo: Petr. Surd. *conſ.* 143. ſed parum conſiderate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare auſit, quin hujuſmodi donatio quam ſimillima ſit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Contendit Fachinæus ideo conferendam non eſſe, quia non deſcendit ex neceſſitate obligationis, ſicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam cauſam donari ſolent citra donandi neceſſitatem, quæ nihilominus ſunt conferenda: qualia ſunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant: ſufficit enim ad onus collationis, non ſimpliciter, ſed ob cauſam donata eſſe. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias ſemper adjunctam habent dandi neceſſitatem? nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l.* 5. §. *ſed ſi fil.* 7. *ff. de agnoſc. lib. l.* 5. §. *Papin.* 12. *l. ſi res*, 51. *ff. de jur. dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur, *l. neque mater*, 14. *C. eod.* & tamen ſi pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc caſu conferenda ſit. Denique & hæc quoque donatio ex neceſſitate aliqua proficiſcitur, non quidem abſoluta & præciſa, ſed ea tamen, quam Dialectici appellant neceſſitatem conſequentiæ, Cicero *lib.* 2. *de invent.* neceſſitatem cum adjectione.

14. Si quid a patre datum vel promiſſum ſit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiſcendæ gra-

gratia, id æquum eſt filium habere præcipuum, nec in collationem venire, ſcilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipſe filius ſuſtinere cogitur, *l. 1. §. ſed ad id*, 16. *ff. hoc tit.* ibi Gloſſ. & Bart. Cujac. 3. *obſ.* 30. *fac. l. filia*, 20. §. *idem ſcribit*, 6. *ff. fam. ercisc. l. ex parte*, 39. §. 3. *eod. Lucius*, 21. §. 3. *ad municip.* Græci *ἐὰ συμπέσωσι τοῖς ἀδελφοῖς οἱ ἀξιωματικοί*.

15. Quo argumento etiam recte defenditur nec ſumptus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut Licentiæ, conferendos eſſe: quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad ſucceſſores filio mortuo tranſmittitur: & præterea annulus, toga, & ſi quid ſimile filio datum, id inſtar eſt caſtrenſis peculii: de quo uberius ſupra c. 10. Non eſt contrarium, ſed longe diverſum, quod Juſtinianus *l. pen. pr. C. h. t.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occaſione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus eſt is, qui militiam meruit. Nam ſeparanda hic eſt militia a dignitate.

16. Militia apud Juſtinianum & paſſim apud noſtros ſignificat functionem quandam ordinarios & certos reditus e publico habentem, ex qua lucrum quæſitum nec caſtrenſis, nec quaſi caſtrenſis peculii loco eſt: cujuſmodi functio eorum fuit, qui a memoria, a libellis, ab epiſtolis erant, & reliquorum officialium ſacrorum ſcriniorum, *l. ſi quis*, 11. *de proxim. ſacr. ſcrin. lib.* 12. Qui uno verbo appellantur ſtatuti, quia eorum numerus certus ſtatutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l. unicuique*, 7. *& d. l.* 11. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* Atque hujuſmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communi ſcholæ placito, certam ſummam heredibus ejus aut uxori, pro ſolatio militiæ amiſſæ præſtabat is, qui ſubrogabatur, *l. ult. C. de pign. l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. teſt. d. l. 7. & d. l. 11. C. de prox. ſacr. ſcrin.* quod commodum caſus militiæ & ſimpliciter ex caſu appellatur, *d. l. ult. C. de pign. Nov.* 53. c. 5.

17. Hoc igitur vult Juſtinianus *d. l. pen. C. h. t.* conferendum eſſe lucrum, quod ex hujuſmodi militia vendibili & propter caſum quodammodo tranſmiſſibili, uni heredum ex pecuniis defuncti acquiſita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impenſis, ut bene Alex. & Jaſ. fac. *d. l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. teſt.*

18. Scripſit de militiis ex caſu Lælius Taurellus, ſed ſententia ejus, quod credidit eſſe aliquas militias ex caſu, *arg. d. l. ult. C. de pign.* merito ſcilicet Cujacio ad *l. Nov.* 53. Nulla enim eſt militia ex caſu: neque de militia in *d. l. ult.* agitur, ſed de iis, quæ dantur ex caſu ſive propter caſum militiæ, id eſt, ex eo, quod militia caduca facta eſt morte militantis, ſeu, ut loquitur Anaſtaſius in *d. l.* 11. *C. de prox. ſacr. ſcrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui caſus recte dicitur, quemadmodum deficiente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Res ipſa loquitur non poſſideri militiam ex caſu, niſi ideo, quia ex caſu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emptione. Hoc autem ſenſu omnes militiæ ex caſu dici poſſunt atque adeo omnia jura rerum noſtrarum.

19. Quidam inter quos & Gilken. *in auth. ex teſtamento C. h. t. n.* 61. putaverunt militiæ nomine ſignificari commoda & ſalaria, quæ percipiuntur ex publico: ſed falſo: nam ipſa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l. Lucius*, 22. *de legat. 2. l. his verbis ult. alias pen. §. l. creditor*, §. 2. *ff. de act. empt. l. omnimodo*, 30. §. *ult. C. de inoff. teſt. cum ſimil.* Sed hæc obiter & tanquam *ἐν παρέργῳ*.

20. Sufficit autem ad collationis neceſſitatem, rem, quæ data eſt, aut vendi poſſe, aut ad heredes tranſmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, a patre uni ex liberis emptæ, dummodo vendi poſſit, licet ad heredes non tranſiret. Et ex contrario conferenda eſt res a patre empta, modo ad heredem tranſeat, licet vendi nequeat, quale eſt feudum; cujus proinde æſtimatio conferri debebit, per *text. in l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. teſt.* Nemauſ. *q.* 28. Coſtall. *ad l. quæ pater*, 50. *ff. fam. erc.* poſt Bart. *ad l. 1. §. nec caſtrenſe*, *n.* 6. *ff. h. t.* Menoch. *conſ.* 919. Tulden. *in C. h. t. n.* 12.

CAPUT XIV.

De collatione lucri, quod filii induſtria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per ſpeciem ultimæ voluntatis.

SUMMARIUM.

1. *Lucri induſtria filii parti, quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum aſſignandum filio.*
2. *Confirmatio hujus ſententiæ adverſus eos, qui totum conferri volunt.*
3. *Adverſus eos, qui totum tribuunt filio.*
4. *Ea ſola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæſita ſunt conferenti.*
5. *Legata, fideicommiſſa, & mortis cauſa donationes non ſubjici collationi.*
6. *Sententia* l. pen. pr. C. h. t.
7. *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

DE iis, quæ filius labore ſuo atque induſtria lucratus eſt, non convenit inter juris interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat ſimpliciter Nemauſ. *q.* 27. & ab eo laudati Imol. & Alexand. cont. Ant. Faber. *dec.* 41. *err.* cum Gloſſ. *in l. cum oporteat*, 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* ſimpliciter affirmat.

,1. Bar-

1. Bartolus autem in *d. l. 6.* mediam ſententiam ſequitur, dimidium lucri filio aſſignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui ſententiæ etiam ſubſcribit Gilken. *ad l. pen. n.* 10. *& ſeqq. C. hoc tit.* poſt Angel. Roman. Caſtr. & alios, quos *ibid.* refert & probat; placetque eadem ſententia Bachovio *ad Treutl. diſput. de collat. theſ.* 6. Fachin. 5. *cont.* 83. Vaſq. *lib.* 2. *de ſucceſſ. reſol.* §. 19. *n.* 46. Graſſ. *lib.* 2. *rec. ſent. quæſt.* 8. Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. titul. de ſucceſſ. rubr.* 7. §. 5. *num.* 52. & rationem habet. Etenim conſideratio proportionis, quæ eſſe debet inter pecuniam & operam (utriuſque enim ratio habenda eſt) poſtulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum eſt, & pater ipſe facere potuiſſet; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *argum. l. 6. pr. Cod. de bon. quæ lib.* ubi pro adventitio habetur quod filius ſuis laboribus acquiſivit: quod minus commode reſtrinxeris ad talem caſum, quo nulla pecunia patris intervenit.

2. Quod vero ibidem ait Juſtinianus profectitium eſſe, quicquid ex re & ſubſtantia patris provenit, id intelligendum omnino eſt de rebus ipſis, quas pater dedit, vel quæ recte & quaſi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabri a fructuario & proprietario, item a domino & bonæ fidei poſſeſſore ſervi ad patrem & filium non procedit: alioquin etiam quicquid filius ex laboribus ſuis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d. l. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* quod & Bald. jam olim in *ead. l.* animadvertit Denique nec ponimus jus ſocietatis inter patrem & filium, ſed *ἀναλογονται*, propterea operam & induſtriam filii, nec intelligimus operam qualem qualem, aut ſimplex filii factum, veluti ſi pecuniam patris fœnore locaverit, quod etiam ipſe pater veroſimiliter facturus fuiſſet: ſed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quaſi ex ſe producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam exiſtimant, ut Bald. *in d. l. cum oportet.* Alex. *in d. l. pen. n.* 10. quæ ſententia vi ipſa eadem eſt cum ſuperiore, add. ſpecies, de quibus Joann. a Sande *dec. Friſic.* 2. *titul.* 7. *defin.* 3.

3. Porro prima ſententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita diſſerunt: Rationis eſt, ut ejus quoque ſit lucrum, cujus eſt periculum: at ſi filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit, dolove malo perdiderit, ejus eſt periculum & conferre tenetur, *l.* 1. §. *pen. l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.* Nam aliud eſt decoquere, aliud periculum ſuſtinere: & diſputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum diſſipante. Si negotium bona fide ſuſceptum ex voto non ſucceſſerit, aut ſi quid ſine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4. Ea autem ſola in collatione veniunt quæ tempore mortis ejus de cujus ſucceſſione agitur, jam quæſita ſunt conferenti: in poſt quæſitis ratio collationis tam novo, quam veteri jure ceſſat, *l.* 1. §. *ſi ab ipſo*, 19. *d. l.* 2. §. 2. *l. pen.* cum Gloſſ. *ff. hoc tit. l. 6. l. ſi donatione*, 13. *& l. nec emancipati*, 15. *Cod. eod.* interpres Græcus, *οἱ αὐτεξούσιοι παῖδες ἐκεῖνα συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς, ὅσα εἶχον ἐν καιρῷ τῆς τελευτῆς τοῦ ἰδίου πατρός. εἰ δὲ μετὰ ταῦτα ἐκτήσαντο, οὐ συνεισφέρουσι*, id eſt, *ea demum emancipati filii fratribus ſuis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato conceſſit. Si quid vero poſtea quæſierint, id nequaquam conferunt.*

5. Et igitur collationi ſubjecta non erunt legata & fideicommiſſa a patre relicta, quoniam demum poſt ejus mortem acquiruntur, *l. a patre*, 10. *l. filiæ*, 12. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* Gloſſ. Cyn. Bart. Caſtr. *in l. pen. C. eod.* & alii ibid. relati & probati a Gilken. Perez. *ad C. h. tit. num.* 14. Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis cauſa conferri debebit. Nemauſ. *qu. c.* 6. Cæterum negotium faceſſit *l. pen. C. hoc tit.* ubi Juſtinianus generaliter definit, ea conferenda eſſe, quæ imputantur in legitimam. Atqui conſtat legata & fideicommiſſa, item mortis cauſſa donationes in legitimam imputari, *l. ſi quando*, 35. §. 2. *C. de inoffic. teſt. l. ſi non mortis*, 25. *pr. ff. eod.* §. 3. *& ultim. Inſt. eod.*

6. Reſpondendum eſt, non eam fuiſſe mentem Juſtiniani, ut ea etiam, quæ poſt obitum parentis demum acquiruntur, qualia ſunt legata, fideicommiſſa & mortis cauſa donationes, conferri voluerit contra formam conſtitutionum priorum, quamvis & ipſa ſubjiciantur imputationi, ſed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex ſubſtantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito teſtamento ad illud ſuſtinendum imputarentur in legitimam: qualia ſunt dos & donatio propter nuptias, *l. quon.* 29. *C. de inoff. teſt.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur, *d. l. ſi non mortis*, 25. *pr. ff. eod. d. l. ſi quando*, 35. §. 2. *C. eod. l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* quæ dari ſolent liberis, ut ſe exhibeant, & familiam ſuſtentent, negotiationem exerceant &c. per *l. ut liberis, in fin. C. hoc tit.* lucrum, quod occaſione militiæ ex defuncti pecuniis quæſitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur, *l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. teſt. d. l. pen. pr. h. t.* & ſi qua ſunt ſimilia quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur. Denique de legatis, quæ teſtamento relinquuntur, conferendis, Juſtinianum non ſenſiſſe, vel ex eo intelligi poteſt, quia loquitur de ſucceſſione ab inteſtato.

7. Cum igitur ea ſola conferenda ſint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non

quæ

Digitized by Google

quæ demum poſt mortem patris ei obvenerunt, quæſitum eſt, ſi quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater*, quid de ſpecie hujuſmodi dicendum ſit. Et ſiquidem hoc legatum ſit interpretari oporteret, ac ſi poſt mortem patris relictum eſſet, haud dubie in collationem non veniret, *l. pen. ff. hoc tit. l.* 15. *C. eod.* ſed quoniam placuit moriendi momentum vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors ſi non ſemel tota eſt, non eſt, §. *poſt mortem*, 35. *Inſt. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non poſt mortem patris demum, ſed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuiſſe interpretamur: ac proinde recte reſponſum ab Ulpiano eſt, legatum ad eum modum relictum conferri debere, *l.* 1. §. *ſi emancip.* 18. *ff. h. t.* Quid igitur eſt, quod idem juriſconſultus in *d. l.* 1. §. *ſi ab ipſo*, 19. ſcribit, patre herede inſtituto & ab eo fideicommiſſo relicto filio emancipato, cum ipſe pater morietur, in fideicommiſſum, quaſi poſt mortem patris acceptum, a filio non conferri? Reſpondeo cum Cujacio id referendum eſſe ad jus antiquum fideicommiſſorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter poſt mortem quoque heredis relinquerentur. Ulpian. *fragm. de fideicom.* §. 6. *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. in eis ſervatam non fuiſſe ſubtilem illam verborum differentiam; atque illa verba, *cum morietur heres* ſic accepta, ac ſi apertiſſime poſt mortem heredis fideicommiſſum relictum fuiſſet. Cujac. 3. *obſ.* 34. *fac. l.* 11. §. *ſi filio*, 10. *de legat.* 3.

CAPUT XV.

De collatione ſimplicis donationis.

SUMMARIUM.

1. *Donatio ſimplex regulariter non confertur.*
2. *Duobus duntaxat caſibus donationem ſimplicem conferri, & quibus.*
3. *Non confertur facta filio in poteſtate conſtituto.*
4. *Donatio ſimplex facta filio in poteſtate & veteri jure & novo morte patris convaleſcit.*
5. *Novo jure ſic convaleſcit, ut etiam retrotrahatur.*
6. *Objectiones quædam hominum male feriatorum.*
7. *Harum objectionum ſolutio.*
8. *Explicatio l.* 13. *Cod. hoc tit. miſſa emendatione Fabri & Fachinæi, & n.* 9.
10. *Verbo donationis in perſona patris interdum ſignificari dationem in peculium, atque hoc dubio præſumi, niſi alio trahant conjecturæ.*
11. *Filium emancipatum non conferre donationem ſimplicem a patre acceptam fratri itidem emancipato.*
12. *Argumenta quibus ſtabilitur ſententia eorum, qui donationem ſimplicem conferri volunt fratri in poteſtate retento.*
13. *Aſſeritur ſententia contraria, conferendum ſc. non eſſe.*
14. *Solutio ſuperiorum argumentorum.*
15. *Concluditur generaliter, donationem ſimplicem a nemine liberorum nemini e liberis conferri duobus caſibus exceptis.*
16. *Apud Zelandos, Burgundiones, & in pleraque Gallia etiam donationis ſimplicis a liberis fieri collationem.*

NIHIL minus expeditum in hac diſputatione eſt, quam quid dicendum ſit de collatione donationis ſimplicis, an & ipſa & quando in collationem veniat.

1. Ego ſic ſentio, donationem ſimplicem in liberos a parentibus factam in diviſione hereditatis paternæ regulariter non conferri, ſed præcipuam ſive propriam retineri ab eo, cui facta eſt; dummodo conſtet patrem, qui filio in poteſtate quid tradidit, id ei non in peculium conceſſiſſe, ſed ſimpliciter donare voluiſſe.

2. Hujus autem rei luculentum argumentum eſt in *l. pen.* §. 1. *Cod. hoc tit.* ubi Juſtinianus duos tantum caſus excipit, quibus placet donationem etiam ſimplicem conferri, 1. ſi donator hanc legem tempore donationis ſuæ liberalitati dixerit, 2. ſi alter e liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præſumitur compenſationis cujuſdam vice, ut par eſſet liberorum cauſa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem ſimplicem contuliſſe. His itaque caſibus, qui ſingulares ſunt, exceptis, donatio ſimplex non confertur. Et admittunt hoc plerique, ſi donatio facta ſit a matre avove materno; ſed dubitant, an idem ſit dicendum, ſi ea facta ſit a patre filio, ſive in poteſtate conſtituto, ſive emancipato; quoniam priore caſu donatio non valet propter jus poteſtatis; poſteriore autem caſu conferenda videtur, per *l. ut liberis*: 17. *in fin. Cod. hoc tit. l.* 1. *ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, textum *in d. l. pen.* §. 1. indiſtincte loqui, & initio *d.* §. 1. expreſſim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias a patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3. Sed operæ eſt, rem totam paulo diligentius excutere. Conſtat ex *l.* 2. *Cod. de inoff. donat.* quæ Valeriani & Gallieni eſt, jure quoque veteri donatum a patre etiam liberis in poteſtate exiſtentibus, præcipuum officio arbitri familiæ erciſcundæ liberis adjudicatum fuiſſe, nec in communem veniſſe hereditatem: quod & ipſum quoque Impp. Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt *l. filiæ*, 18. *Cod. fam. erciſc.*

& con-

& confirmat locus Pauli *lib. 5. ſent.* 11. ubi ſcribit, ſi pater filioſam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perſeveraverit, morte patris convaleſcere donationem. Hoc autem poſito neceſſario ſequitur, donationem ſimplicem nec filio in poteſtate conſtituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id eſt, non confertur: cur enim ita cum poſteriori ævo non loquamur, contempto cenſorio Antonii Fabri *dec.* 40. ſupercilio?

4. Quod vero vivo patre inutilis ſit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam eſſe, ſed potius contrarium, quia poſt mortem patris utilis eſſe incipit; nam & olim morte patris ſic convaleſcebat, ut arbitrio judicis familiæ erciſcundæ præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam ſine tali adminiculo convaleſcit rataque habetur ſolo patris ſilentio, *l. donationes*, 25. *Cod. de donat. int. vir. & uxor.* Abſurdiſſimum autem eſt dicere, donationem poſt mortem patris convaleſcere ratamque haberi, & tamen conferendam eſſe: quod vi ipſa nihil aliud eſt, quam ſi dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5. Quamvis autem donatio ſimplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrotrahatur ad id tempus, quo facta eſt; tamen quia non confirmatur niſi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium eſt, ut non veniant in collationem: ſed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui. Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 5. Perez. *C. h. t. n.* 17.

6. Sed nonnulli ſic inſtant: Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur, *l. pen. pr. C. h. t.* Atqui donatio ſimplex a patre facta filioſam. imputatur &c. Rationem aſſumptionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda ſit pro donatione mortis cauſa: quæ autem donatio pro mortis cauſa donatione eſt, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem, *arg. l. cum hic ſtatus*, 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & ux.* junct. *l. ubi ita* 27. *ff. de mort. ca. donat.* Donationis autem factæ liberis in poteſtate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur eſſe ratio, maxime poſt *d. l.* 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

7. Reſpondeo, tot hic ſunt peccata, quot propoſitiones & aſſumptiones. Nam primum illa principalis propoſitio, *Quæ imputantur in quartam &c.* non eſt univerſalis, ut oſtendi *cap. præced.* exemplo legatorum & fideicommiſſorum quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falſa eſt illa aſſumptio, quod donatio ſimplex liberis imputetur in quartam, *l. ſi non mortis*, 25. *ff. de inoff. teſt. l. ſi quando*, 35. §. 1. & 2. *eod.* Tertio falſa eſt & ratio aſſumptionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis cauſa ſit habenda. Quia & poſito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda ſit, vel ex hoc ſolo efficitur, non eſſe conferendam: quoniam mortis cauſa donatio, licet & ipſa in quartam imputetur, in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap. præc.* liquet. Poſtremo & utrumque illud falſum eſt, quod hæc donatio plane ſimilis ſit donationi inter virum & uxorem; & quod donatio inter conjuges ſimpliciter comparanda ſit cum donatione mortis cauſæ. Sed piget hujuſmodi ineptiarum.

8. Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi donatione*, 13. *C. h. t.* filiamſam. contra jura poſtulare, ut fundum ſibi a patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus 5. *contr.* 80. utitur remedio violento, pro *ſi is filiæfamilias conſtituta tibi*, ut habent omnes codices in *d. l.* 13. reponens, *filiæfam. non conſtitutæ*. Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non conſtitutus*, pro *emancipatus*, etiam illa phraſis, *præcipuam habere*, quæ de liberis in poteſtate exiſtentibus fere uſurpari ſolet, iſtam emendationem reſpuit. Sed & ea admiſſa etiam hoc admittendum, donationem ſimplicem a liberis emancipatis conferri oportere: quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; ſed falſum eſſe paulo poſt demonſtratum ibimus. Antonius Faber *d. dec.* 40. *err.* 1. ut hunc ſcopulum evitet, aliter textum *d. l.* 13. corrigendum putat, & pro verbis, *a patre donatus*; vult ſubſtitui, *a matre*: aut illud, *a patre*, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9. Sed videamus, an non commoda aliqua conciliatio afferri poſſit citra emendatrices manus. Quid enim ſi cum Duar. *ad C. hoc titul. c.* 2. Perez. *num.* 17. Alber. de Roſat. *in d. leg.* 13. *num.* 1. & aliis quibuſdam veterum, dicamus intereſſe, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium eſſet, atque in ea voluntate perſeveraverit; an vero non ut ejus fiat proprium, ſed ut ſit apud filium, tanquam res peculiaris, & quaſi peculii loco, ac priori caſu quod donatum eſt, non conferri, ſecundum *l.* 18. *C. fam. erc. l.* 2. *Cod. de inoff. donat.* poſteriori caſu conferri, ſive quod effectu idem eſt, in diviſionem hereditatis venire: ac de tali caſu *d. l.* 13. *C. hoc tit.* intelligendam eſſe. Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur: quamvis enim in *d. l.* 13. nulla fiat hujus diſtinctionis mentio, tamen non eſt novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eandem auctorem habet, ut *d. l.* 18. & *d. l.* 13. quæ utraque eorumdem eſt Impp. Diocletiani & Maximiani. Eſtque æquiſſima hujus diſtinctionis ratio, quoniam in donationibus hujuſmodi ſpectanda maxime eſt voluntas patris, volueritne quod donatum eſt ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id eſt, conferri,

Digitized by Google

ſerri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum eſt, id conferendum erit, quia non eo animo datum eſt, ut id filius præciperet, ſecus ſi donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10. Movere neminem debet, quod in *d. l.* 13. proponitur ſimpliciter, fundum a patre donatum eſſe, nulla mentione facta peculii: nam apud noſtros non eſt inuſitata etiam ſimplex *verbi* donare uſurpatio, pro *in peculium dare*; ita enim donandi verbum uſurpatur in *l. donationes*, 31. §. 1. *&* 2. *de donat. l. per ſervum*, 37. §. 1. *l. quod fructuario*, 49. *de acq. rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio conſiſtat, præſumptionem inducit potius conceſſionem quandam in peculium factam eſſe, quam ſimplicem donationem, utique niſi ex conjecturis & circumſtantiis appareat, voluiſſe patrem, quod dedit, filii proprium eſſe: veluti in ſpecie *l. filiis*, 18. *Codic. fam. erc.* ubi proponitur pater nomine filiæ rem comparaſſe, eique poſtea tradidiſſe, quod non feciſſet, niſi eam rem penes filiam remanere voluiſſet. Neque enim hæc facta per omnia ſunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare; & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emptamque deinde donationis cauſa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior ſimpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam Cujacio 3. *obſ.* 30. Fabro *d. dec.* 40. *err.* 1. nihil inter iſta intereſſe in aliis perſonis; in patre tamen & filio diſtinctio hæc momentum habet, ubi alias datio in peculium præſumi poſſet, fac. *l.* 2. *&* 3. *C. ſi quis alt. vel ſib.* fortaſſis in hujuſmodi negotio & rei qualitas, ſeu valor & æſtimatio conſideranda, ut in modica præſumatur donatio, in magna potius in peculium conceſſio, veluti in ſpecie *d. l.* 13. ubi de fundo agitur: quod conſideravit Salic. *in d. l.* 18. *Cod. fam. erc. num.* 12. Atque hæc ſententia, quod nec filii ſui heredes donationem ſimplicem conferre teneantur, etiam interpretum noſtrorum communis eſt. Nemauſ. *q.* 1. Saport. *n.* 93. *& ſeqq.* Vaſq. 2. *de ſucceſſ. reſol.* §. 19. *n.* 60. Sichard. *auth. ex teſtamento n.* 5. *& ſeqq. ad Cod. hoc tit.* Gilken. *ibid. n.* 8. *& ſeq. &* hoc vi ipſa etiam fatetur Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 1. *& paſſ.* dum quod ita ſimpliciter filiof. a patre donatum eſt, ait in diviſione hereditatis præcipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi ſignificationem præfracte urgens.

11. Non minor quæſtio eſt, an conferenda ſit donatio vel ſimplex facta filio emancipato: non tamen, an a fratre emancipato, cui facta eſt, conferenda ſit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo juſta eſt dubitandi cauſa, ſive de jure veteri quæratur, quo inter emancipatos collatio non erat, *l.* 9. *C. h. t.* ſive de novo, propter *l. pen.* §. 1. *C. eod.* ſed an conferenda ſit fratri in poteſtate patria retento, quod plerique affirmant, Albert. de Roſat. *in auth. ex teſtam. n.* 2. *C. h. t.* Nemauſ. *q.* 2. *n.* 4. Saport. 102. Fachin. 5. *contr.* 80. Gilken. *ad l. pen. C. h. t. n.* 28. pleriſque aliis ab his citatis. Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 2.

12. Firmamenta hujus ſententiæ præcipua, quæ afferunt, ſunt hæc. 1. Quod olim emancipati fratribus ſuis in poteſtate retentis omnia conferebant, *l.* 1. *ff. h. t.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l. ut liberis* 17. *in fin. C. eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore præcedentium legum injungitur collatio eorum, quæ in ipſa emancipatione vel poſtea a parentibus ſuis conſequuntur: quæ definitio cum generalis ſit, utique etiam ſimplicem donationem complectatur. 3. Proferunt *Nov.* 18. *c.* 6. ubi Juſtinianus vult ſervari inter liberos æqualitatem, urgentque ſimul illa Imperatoris verba, *res præter dotem forte, aut alio modo datas*, quaſi his etiam ſignificetur donatio ſimplex.

13. Cæterum contraria ſententia dicentium ne ab emancipato quidem exigendum, ut donationem ſimplicem conferat fratribus ſuis heredibus, quæ & Vaſquin *ubi ſupra n.* 25. & quibuſdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil eſt, quod magis repugnet voluntati ſimpliciter & abſolute donantis, quam ut, quod ita donat, ſubjiciatur collationi: niſi forte ipſe hanc legem liberalitati ſuæ dixerit, *l. pe.* §. 1. *C. h. t. arg. l. ſi non mortis*, 25. *ff. de inoff. teſt.* Atque hanc ob cauſam etiam jure veteri, quo emancipati ſuis omnia alia conferebant, non tamen conferebant ſimplicem donationem, quam a patre acceperant, propterea, quod, ut dixi, nihil tam alienum eſt a voluntate inducendæ collationis, quam abſolute donare; ad impediendam autem collationem ſufficiebat vel tacita patris voluntas, *l. filiæ*, 18. *C. fam. erc. l. ex patre*, 39. §. 1. *ff. eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos ſuis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita ſe habere patet ex *l.* 2. *C. de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne ſuum patrimonium effuſa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & reſpondetur, ſiquidem is filius in poteſtate fuit, arbitri familiæ erciſcundæ officio congruere, ut ſorori ejus filiæ defuncti quartam partem debitæ ab inteſtato portionis præſtet incolumem: ſi vero fuerit emancipatus, tunc filiæ ſuccurrendum eſſe querela inofficioſæ donationis, per quam donatio tanquam inofficioſa, quatenus modum legitimum excedit, revocetur. Ex quo manifeſtum eſt neutro horum caſuum donationem ſimplicem ſubjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia conſequitur, *l.* 5. *l.* 7. *l.* 8. *C. d. t.* cum alias ſi frater collatione fungeretur, integrum ſemiſſem totius hereditatis paternæ auferret. Ad hæc cum id, quod de donatione ſimplici non conferenda, niſi duobus caſibus, conſtituit Juſtinianus in *l. pen.* §. 1. *C. h. t.* ad donationem a quocunque

pa-

Digitized by Google

parente ſine diſtinctione poteſtatis aut ſexus ad liberos quoſcunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d. §. 1.* quo colore excipiemus emancipatos in ſucceſſione concurrentes iis, qui in poteſtate manſerunt?

14. Ex his, quæ diximus, ſimul apparet, quid reſpondendum ſit ad primum contrariæ ſententiæ argumentum, nimirum abſolute verum non eſſe quod aſſerunt; ſed ſemper exceptam fuiſſe ſimplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis, *per l. ex parte*, 39. §. 1. *ff. fam. erc.* junct. *l. filii*, 18. *C. eod. l. 2. C. hoc tit.* Ad ſecundum reſpondeo, clauſulam illam in fine *l. ut liberis*, 17. *C. eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum, ea, quæ in ipſa emancipatione &c. acquiſierint, collaturis*, ideo a Leone adjectam eſſe, ne quis putaret ſolam ſe dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle, alia autem aliam ob cauſam a parente, de cujus bonis dividendis agitur, accepta, quæ ſecundum tenorem præcedentium legum & ipſa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita a patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure ſimplicis donationis, ſed ut data ob cauſam, ut ſcilicet ſe exhibere, ac familiam, quam inſtituunt, ſuſtentare queant. Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio ſit, quia in eos, qui in poteſtate manebant, hujuſmodi donationes conferri non ſolent; quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obſcure indicant hæc verba conſtitutionis, *ut adſolet fieri*. De ſimili quoque donatione accipienda eſt *l. 1. C. h. t.* ne alias quis ex ſenſu contrario argumentando putet donationem ſimplicem teſtamento non facto ab emancipatis conferendam fuiſſe; quamquam nec argumentum a contrario ſenſu petitum, præſertim, ex reſcriptis Imperatorum, ſemper procedit. Tertii argumenti, ex *nov. 18. c. 6.* ſumpti, ſi vis ulla eſſe debeat, in univerſum concludi oporteret, ſimplicem donationem a quibuſvis liberis, & quibuſvis liberis ſine ulla diſtinctione conferendam eſſe, niſi expreſſim fuerit remiſſa collatio: nam illa conſtitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confeſſo eſt: nec illud minus in confeſſo eſt, non omnes liberos adſtringi neceſſitate conferendi ſimplicem donationem. Vult quidem Juſtinianus æqualitatem inter omnes liberos ſervari: cæterum excipiendum eſt, niſi parens ipſe unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum & ut proprium, veluti ſi cui quid ſimpliciter donaverit. Illa autem verba, *d. nov.* *τὸ κατὰ προῖκα τυχὸν ἢ κατ' ἕτερον τρόπον διδόμενα*, *quæ dotis cauſa forte, aut alio modo dantur*, non includunt donationem ſimplicem, ſed intelligenda ſunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam ſimilem cauſam facta, tanquam ex aliqua neceſſitate, ut in ſpecie, *l. ut liberis*, 17. *in fin. C. h. t.* Denique etſi concederemus emancipatos jure antiquo etiam ſimplicem donationem contuliſſe; ex novi tamen juris ratione, quod & ſolam ſpectat æqualitatis inter liberos conſervationem, aliud dicendum foret: quippe cum non minus emancipati ſint liberi, quam in poteſtate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili ſuccedunt: ac proinde ſi hic emancipatos munus collationis ſuſtinere volumus, æqualitatis ratio ſuadet, ut nec ſui percipiant, quod ipſis a patre donatum eſt: aut ſi hoc iis concedimus, nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15. Ut igitur tandem concludamus, ſic generaliter definimus, ſimplicem atque abſolutam donationem, a quocunque parente facta ſit cuicunque ex liberis, a nemine liberorum nemini e liberis conferri, extra duos illos caſus, quos ſupra memoravimus, ſcilicet ſi aut hæc lex donationi dicta ſit, ut conferretur, aut neceſſitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l. pen. §. 1. C. eod.* Atque hæc etiam Nicolai de Materell. multorumque aliorum veterum ſententia fuit, teſtibus Baldo *in auth. ex teſtamento C. h. t. n. 2.* & Nemauſ. *q. 1. n. 5.* eamque probant Vaſquius *lib. 2. de ſucceſſ. reſol. §. 19. n. 25.* Socin. *jun. lib. 1. conſ. 54. n. 5.* Philip. Dec. *ad d. l. pen.* & Jac. Menoch. *in additionib. ib.* pulchre Ant. de Amat. *ad l. 9. C. hoc titul. n. 156. & ſeqq.*

16. Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indiſtincte etiam ſimplicem donationem a parentibus acceptam conferre tenentur, *Zeland. art. 22. præf.* Everh. *conſ. 183. n. 10.* & idem etiam obtinet apud Burgundiones niſi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato. Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. tit. de ſucceſſ. rubr. 7. §. 5. n. 41. & ſeqq.* & juri conſentaneum eſſe, poſtquam ſublata ſit ſuitatis & emancipationis differentia, putat Molin. *ad Dec. in auth. ex teſtamento, C. h. t. & conſ. 59. n. 4.* & ita uſu in Gallia ſervari ſcribit; eamque ſententiam aliquando ſecuta eſt Curia Mechlinienſis, teſte Chriſtin. *vol. 1. dec. 178. n. 11.*

CAPUT XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo re fiat collatio.*
2. *Utrum rem ipſam, quæ data eſt, conferre neceſſe ſit, an ſatis ſit conferri æſtimationem.*
3. *Res ipſa in ſpecie regulariter conferenda.*
4. *Quid juris, ſi res alienata ſit.*
5. *Quid ſi neceſſitas rei ipſius conferendæ nonnihil injuriæ ſecum trahat.*
6. *Quomodo cautione fiat collatio.*
7. *Quid ſi quis ob inopiam cavere nequeat.*
8. *Quando opus aut non opus cautione.*

9. No-

9. *Notatur circa modum conferendi diſcrimen aliquod inter ejus vetus & novum.*
10. *Collatio fit deductis impenſis neceſſariis, & ſine uſuris ac fructibus.*
11. *Improbatur ratio quadam ad hoc allata a Chriſtinæo.*
12. *Collatio fit proportionibus hereditariis.*
13. *Inſignis circa hanc rem diſtinctio, præcipue ex ratione juris veteris.*
14. *Qui non adſpirat ad ſucceſſionem, ad collationem urgeri non poteſt: notabili limitatione.*
15. *Non conferentis quæ ſit pœna.*
16. *Si per errorem diviſio facta ſit omiſſa cautione, adhuc tamen peti poſſe, ut collatio fiat, & quo remedio.*

VIDEAMUS nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma ſeu modo collatio fiat, tum quæ ſit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri poteſt & ſolet, re ipſa, & cautione; ſic enim noſtri loquuntur, *l.* 1. *§. jubet*, 9. *§. quamvis*, 11. *ff. hoc t.* quamvis proprie qui cavet ſive fidejuſſoribus ſive pignoribus, non confert, ſed de conferendo ſecuros facit coheredes.

1. Re fit collatio, cum fratres vel ſorores bona conferenda cum fratribus & ſororibus actualiter dividunt, *d. l.* 1. *§. quamvis*, vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi eſſent, *d. l.* 1. *§. ſed & ſi*, 12. Idemque eſt, ſi nomen paterni debitoris delegaverint, vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit, *d. l.* 1. *§.* 12. eumve, cui conferri oportet, liberaverint, *d. l.* 1. *§. pen. ff. l.* 2. *C. h. t.*

2. De illo quæritur, utrum omnino rem ipſam, de qua conferenda agitur, in ſpecie conferri oporteat, an oblatione æſtimationis conferens defungatur. Et poſſit videri ex edicto prætoris & conſtitutionibus, quæ æqualitatem tantum deſiderant, abunde ſatisfieri, ſi conferatur, rei æſtimatio, quæ eſt tempore collationis. Neque huic ſententiæ obſtant *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. poſthumo*, 11. *C. eod.* utique contrarium ex his elici poſſe non videtur: dum & ille bona ſua vi ipſa conferat, qui confert æſtimationem. Et hoc D. Tuldeno ad *C. h. t. n.* 1. placere video per *l.* 1. *§. ſed & ſi*, 12. *ff. h. t.* cujus textus argumento etiam Sichard. *in rubr. C. eod. n.* 18. poſt Corneum *in l.* 9. *C. eod.* notat, in materia collationis hoc eſſe ſingulare; ut & ſpecies inter ſe, & cum pecunia compenſetur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate penſatio ſit, per DD. *in §. in bona*, 30. *Inſt. de act.* & *in l. ult. C. de compenſ.*

3. Attamen ego in contrariam ſententiam proclivior ſum. Cum enim ex adverſo ipſa corpora & ſpecies, quæ in bonis parentum manſerunt, diviſioni ſubjiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda ſunt, rationis eſſe videtur, ut ſc. ſpecies ipſæ, quæ datæ ſunt in medium conferantur, nec ad liberationem ſufficiat præſtare æſtimationem; utique ſi altera pars diſſentiat: nam inter conſentientes quin æſtimatio collata ad liberationem proſit, dubium non eſt; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio ſolvere licet, *l. manifeſti*, 17. *C. de ſolut.* de tali caſu textum in *d. l. §. ſed & ſi hoc tit.* accipiendum eſſe, patet ex eo quod juriſconſultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo reve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut, notum eſt, non niſi inter conſentientes fieri poteſt. Perez. *in C. hoc t. n.* 19. Coſtal. *ad l. ſi filia*, 20. *ff. fam. erciſc.* qui & ita judicatum memorat a curia Pariſienſi, ut & Papon. *lib.* 21. *titul.* 7. *arreſt.* 1. addit. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 2. *n.* 5. Ant. de Amat. *ubi ſup. n.* 131. & *ſeqq.*

4. Plane ſi heres rem collationi ſubjectam bona fide alienavit, nec in ſpecie conferre poteſt, ſatis eſt æſtimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur. Coſtall. *d. loc.* vide & Chriſtin. ubi ſupra, ubi in hoc quoque caſu Senatum Pariſienſem, idem cenſuiſſe refert. Putarem tamen ſi res vendita proponatur poſt mortem patris, conferendam eſſe eam ſummam quæ pro re accepta eſt, propter jus, quod jam coheredibus acquiſitum erat.

5. Sed & ſi quo caſu ipſius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æſtimationis collatione recte defungi. Neque enim verbi cauſa, eo caſu, quo libri conferendi ſunt, exiſtimo ſcholarem cogendum eos ipſos actualiter conferre, cum iniquum atque abſurdum ſit ſtudioſo auferre libros, in quibus jam propter diuturnum uſum memoriam localem habet. Salicet. *in l. filiæ*, 18. *n.* 15. Bald. *in l.* 5. *C. ad ſen. Mac.* Horat. Luc. *tract. de priv. ſcholar. priv.* 30. & ita cenſuiſſe ſupremam Curiam Mechlinienſem teſtatur Chriſtin. *ubi ſupra*. Idem dixerim, ubi nihil intereſt coheredum æſtimatio, an res ipſa conferatur, cum Molinæo *ad dec. in l.* 13. *C. h. tit.* addit. Ant. de Amat. *ubi ſup. n.* 139.

5. Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejuſſores dantur, vel pignora: non enim ſatiſdato tantum, verum etiam pignoribus poſſe caveri de collatione placuit, *l.* 1. *§. jubet*, 9. *ff. h. t.* quamvis regulariter propriæ ſtipulationes ſatiſdationem deſiderent, *l.* 7. *ff. de ſtip. præt.* Si unus ex heredibus ante factam collationem deceſſerit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet aut e converſo heredem ejus conferre aut cavere, & hoc eſt, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & paſſive transfire ad heredes Gomeſ. *ad l.* 29. Tauri, *n.* 37. *l.* 2. *pr. ff. h. t.* & ibi Bart. *l. ſi maritus*, 14. *C. eod. l.* 1. *§. ibid.* 8. *ff. eod.*

7. Quod ſi forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis conſtitui-

ſtituitur, apud quem reſecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum eſt, cum bona propria contulerit, *d. l.* 1. §. *ſi fratres*, 10. *l.* 2. §. *ult. eod.*

8. Non eſt autem opus cautione, ſi inter liberos conveniat, quid ſit conferendum; ſed ſi inter eos ſit controverſia, num aliquid conferendum ſit; tunc enim ſuſpenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, ſi neceſſe erit. Nemauſ. *c.* 2. *num.* 24. Pet. Tholoſ. 46. *ſyntagm.* 8. *n.* 27.

9. Olim cum ſua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitratu ita fiebat collatio, ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Et ea ſolum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxia erant, non quæ alienaverat; utique ſi citra fraudem & dolum, alias ſecus, *l.* 1. §. *confertur*, 23. *d. l.* 2. §. 2. *eod.* quod ſi id egiſſet, ne acquireret, collatio ceſſabat, *d. l.* 1. §. 23. *arg. l.* 6. *pr.* & §. 1. *cum* 3. *ſeqq. ff. quæ in fraud. cred. l. non fraudantur*, 134. *de regul. jur.* Azo *in ſumm. C. h. t. n.* 11. Sed poſtquam certarum duntaxat rerum collatio eſſe cœpit, & tandem ſolorum profectitiorum ob cauſam, ſi res ipſæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ ſunt, æſtimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum ceſſabit collatio, ſed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur, *per l.* 5. *C. h. t.* de quo etiam dictum jam ante eſt.

10. Cum autem ſit collatio, impenſæ neceſſariæ, quæ in rem conferendam factæ ſunt, deduci ſolent, *l.* 1. §. *cum dos*, 5. *ff. de dot. collat.* ubi Gloſſ. & Bart. fitque collatio ſimpliciter ſine uſuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias a parente accepit, is parenti ſucceſſurus, debet quidem hæc cæteris ejuſdem parentis liberis, cum quibus ſuccedit, conferre: at non item fructus aut uſuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud ſolum conferendum eſſe, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac ſufficere, ſi res ipſa vel ſumma principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *ut liberis*, 17. *l. illam*, 19. *C. h. t.* & *paſſ. ff. de dot. collat.* Chriſtin. *vol.* 1. *decis* 178. ubi & ſupremam Curiam Mechlin. ita judicaſſe teſtatur, congruit *art.* 29. *Polit. Ordinat.* Et ratio hæc eſt, quia fructus dotis percepti non ſunt dotis, ſed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia, *l.* 7. *de jur. dot. l. pro oneribus*, 24. *C. eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem cauſam pertinet, *fac. l.* 1. §. *ſed an* 16. *ff. h. t.*

11. Affert & hanc rationem Chriſtin. *d. loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris, per *l.* 6. *l. filiæ*, 12. *C. eod.* fructus autem conſumpti non ſint in bonis. Sed ſi hoc argumentum procederet, etiam conſumpta tota dote liberaretur filia a collatione, quod falſum eſſe patet ex *auth. quod locum*, *Cod. eod.* & dictæ *l.* 6. ſimiliumque locorum non alia ſententia eſt, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum poſt mortem patris acquirunt. De caſu collationis rei dotalis faciendæ conſtante adhuc matrimonio dixi ſupra *c.* 12.

12. Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quiſque in hæreditate habet, ita ut perſona quoque conferentis numeretur, & partem faciat *l.* 2. §. *ult. l.* 3. §. 2. *ff. h. t.* Nemauſ. *c.* 2. *n.* 24. Duar. *c.* 4. *h. t.*

13. Ex ratione autem maxime juris veteris diſtinguendum hic eſt, utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad ſucceſſionem admittatur. Fieri enim poteſt, ut qui teſtamento facto bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam ſi ab inteſtato accepiſſet, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce, ſi pater una cum filio in poteſtate extraneum heredem inſtituerit, hic niſi emancipatus præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat, filius heres ſcriptus non aliam partem ex teſtamento patris, quam ex qua heres ſcriptus eſt, conſequi poterit, nihilque ei conferet extraneus coheres. Emancipatus vero ſi accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione extraneum removerit, quaſi in locum ejus ſuccedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex ſemiſſe verbi cauſa inſtitutum eſſe, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, ſi extraneus ſcriptus ſit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in poteſtate retentus. At ſi, verbi gratia, extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres ſcriptus eſt, hoc caſu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum ſuorum conferet, ſed non amplius, *l.* 1. §. 3. 4. *ff. h. t.* ubi mire ſe torquent Gloſſ. & Bart. Quod ſi patre inteſtato mortuo ex parte edicti *unde liberi* bonorum poſſeſſio obtineatur, hoc caſu collatio æqualis erit, ut quantam partem emancipatus fratribus ſuis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in poteſtate retentis: hic emancipatus ſingulis fratribus centum & ſibi centum conferet; vique ipſa hoc perinde eſt, ac ſi ſolida trecenta cum hereditate patris confudiſſet, unde ſcilicet diviſione facta centum ad ipſum reditura fuiſſent. Quod ſi quis interdum plus conferat, quam accipit, de ſe eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum poſſeſſionem omittere, *l.* 2. §. *ſi tres*, 5. *ff. h. t.*

14. Qui autem non affectat ſucceſſionem, ad collationem urgeri non poteſt, *l. ult. ff. de collat. dot.*

Digitized by Google

dot. l. ex cauſa, 23. *C. fam. erciſc.* ubi hoc notant Bart. Bald. & Salic. Dua. *c.* 1. *&* 3. *de coll.* Chriſtin. *in leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 3. *n.* 6. Praſ. Everh. *conſ.* 8. *n.* 2. ubi tamen *n.* 4. notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi ſalvam habent ſuam legitimam portionem. Quod ſi futurum ſit, ut iſti alii liberi, connumeratis bonis, quæ omiſſa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa ſua legitima parte conſecuturi ſint, tum eos jure deſiderare poſſe, ut ſuppletio ex iſtis bonis ad modum legitimæ fiat, per *text. in auth. unde ſi parens, C. de inoff. teſtam. facit tot. tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum a ſuprema Curia Mechlinienſi refert Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 2. *n.* 4. *ſub fine* add. Gomeſ. *in l.* 92. Tauri, *n.* 34.

15. Pœna non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum poſſit, hæc eſt, ut ei denegentur actiones hereditariæ, quæ alias pro conſequenda portione ſua hereditaria ei competerent, donec conſilium mutet *l.* 12. §. *ſi frater*, 10. §. *ſi cum duobus*, 13. *ff. h. t. l.* 11. *l.* 14. *C. eod.* Quod ſi is, qui collationem detrectat ſit in poſſeſſione rerum hereditariarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l.* 8. *eod.* ubi Gloſſ. Cyn. Pet. & Jac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD. comm. Si quis autem caverit, ſed cautioni non ſteterit, committitur ſtipulatio, cum poſt interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapſum eſt, intra quod collatio commode fieri potuiſſet; & quanti ea res eſt, in tantam pecuniam condemnatur, *l.* 5. *in fin. ff. h. t.* Nemæuſ. *c.* 2. *n.* 24. Perez. *C. eod. n.* 19. Weſemb. *parat. eod. n.* 6.

16. Quid ſi per errorem jam facta ſit diviſio omiſſa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat, *l.* 8. *C. h. t.* quemadmodum & in calculo ſi error aliquis intervenerit, emendationi locus eſt, *l. un. C. de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam ſententiam, ſed ad minuendam & moderandam executionem & vires judicati. Gilken. *in d. l.* 8. *C. h. t.* cum ibidem allegat. ubi tamen *num.* 5. hoc ita procedere ex Gloſſ. Alberic. Corn. Alex. & aliis notat., niſi auditis partium, collationem petentium & renuentium allegationibus poſt cauſæ cognitionem ſententia judicis intervenerit, *fac. l.* 7. §. 1. *ff. de compenſ.* Sed tunc dici non poteſt collatio omiſſa per errorem: & hoc ipſum ita quoque temperandum eſt, ſi non appellatione intra tempora præfinita interpoſita collatio petita fuerit. Cæterum quæſtionis eſt, qua actione aut remedio poſt factam diviſionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat. Gloſſa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. *in l.* 8. *Cod. h. t.* officium judicis hic requirunt. Et ſane ad id confugiendum erit, ſi adhibito judice diviſio facta proponatur. Quod ſi omiſſa per errorem collatione ſine judice facta ſit diviſio, tunc putarem collationem poſtulantibus competere condictionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut ſi amplius illi datum fuerit, indebitum ſolviſſe fratres intelligantur, *fac. l. ſi quis*, 10. §. 1. *ff. de compenſ. l.* 5. §. *pen. ff. de impenſ. in rem dot. fact. l. cum putarem*, 36. *circa fin. ff. fam. erciſc.*

CAPUT XVII.

De fine & effectu collationis.

SUMMARIUM.

1. *Collatio initio introducta eſt minuendæ injuriæ gratiæ, qui filiis in poteſtate retentis a prætore fiebat, admiſſis ſimul ad ſucceſſionem emancipatis.*
2. *Poſtea ſolam æqualitatis inter liberos conſervationem hic ſpectari cœpiſſe.*
3. *Æqualitatem hanc non arithmeticam eſſe, ſed geometricam.*
4. *Bona collata & ipſa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.*
5. *Poſt collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri poſſe.*
6. *Pactum, quo neceſſitas collationis remittitur, quando validum.*

UNUM adhuc ſupereſt, ut quæramus, quis ſit collationis finis & effectus, hoc enim poſtremum eſt ex iis, quæ ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognitu eſſe neceſſaria.

1. Ex iis, quæ ſupra diſſerimus, præſertim cap. 2. intelligere poſſumus, collationem initio a prætore introductam eſſe minuendæ duplicis injuriæ gratia, quam ſui heredes patiebantur, eo quod prætor una cum his ad bonorum paternorum ſucceſſionem admittebat & emancipatos: nam ita & ſuis heredibus pars hereditatis paternæ, quæ horum tota erat jure civili detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quæ ſui heredes quæſierant, partem conſequebantur emancipati cum & ipſi ſibi omnia quærerent, & quæſita ſibi retinerent. Cui utrique injuriæ obviam iverit prætor emancipatos, ſucceſſionem patris una cum ſuis appetentes, ad bonorum collationem vocando, *l.* 1. *ff. h. t.*

2. Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque æqualis liberorum omnium cauſa in ſucceſſione parentum inteſtata eſſe cœpiſſet, ad hanc æqualitatem inter liberos ſervandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuiſſe, ac tandem etiam tractum ad ſucceſſionem ex teſtamento. Itaque nunc recte dicemus § *1ma*, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc eſſe, ut ſervetur inter liberos æqualitas, eaque ſervata bona defuncti pa-

rentis una cum collatis inter eos dividantur, *l. ut liberis*, 17. *l. illud*, 20. *C. h. t.* Nov. 18. *c.* 6. Differt itaque collatio a diviſione, ut antecedens a conſequente.

3. Æqualitas autem hæc non eſt arithmetica, ſed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda ſunt, tantam quiſque portionem accipiat, quanta ei vel diſpoſitione teſtatoris, vel lege delata eſt: ſic enim referenda eſt æqualitas ad id, quod relictum eſt; verbi cauſa, ſi unus ex liberis inſtitutus ſit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo creſcit; unus tres uncias totius, alter novem accipiet, ſibique imputet, ſi quis minus accipit, quam contulit, quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis, *l.* 2. §. *ſi tres*, 5. *h. tit.* Quod ſi ex æquis partibus heredes ſcripti ſint, æqualiter hereditatem divident, quamvis unus plus alio conferat, quia plus a defuncto parente acceperat: idemque eſt in ſucceſſione inteſtata. Et ita in partibus diverſis proportio eſt geometrica, quemadmodum in ſubſtitutione reciproca, ſi teſtator heredes ex imparibus partibus inſtitutos ſibi invicem ſimpliciter ſubſtituerit, *l.* 5. *l. ſi plures*, 24. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 1. *C. de impub. & ad. ſubſt.*

4. Effectus collationis eſt hic, quod bona collata & hereditati communi permiſta, & ipſa hereditaria fiant, aut utique vi ipſa pro hereditariis habeantur: nimirum quæ ex bonis patris exierunt, nam de peculio profectitio, quod in bonis patris manet & poſt mortem in hereditate ejus repetitur, hoc proprie prædicari non poteſt: quanquam intuitu naturalis poſſeſſionis & juris adminiſtrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio eſt, & fieri dicitur, de quo uberius diſſerimus ſupra *cap.* 3.

5. Eſt & hic collationis effectus, quod poſt eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri poſſunt: nam etſi ſtatim atque agnita hereditas aut bonorum poſſeſſio eſt, actiones illæ ipſo jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonſtratum eſt *cap. ſuperiore*. Illud autem inſubtile eſt, quod quidam ajunt, competere actiones, etiamſi pacto hereditati renuntiatum ſit. Prius enim de ſucceſſione, quam de collatione aut actionibus quærendum eſt: & ſicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, ſucceſſorem eſſe oportet, ita ex adverſo præpoſtere diſputatur de colligatione in perſona ejus, qui ſucceſſor non eſt.

6. Hæc autem eſt eorum mens & ſententia, aut hereditatem aut bonorum poſſeſſionem delatam pacto effici non poſſe, ut quæ alias conferenda eſſent, non conferantur, at poſtea poſſe, & juri jam quæſito recte renuntiari, *per l. pen. C. de pact.* junct. *l. ult. C. eod. l.* 3. *C. h. t. l. ſi quando*, 35. §. 1. *C. de inoff. teſt. l. ult. ff. de ſuis & leg. her. cum ſimilib.* quod quidem verum eſt, ſed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa ſucceſſiones: de quibus DD. *in d. l. ult. C. de pact. & in l. ſtipulatio*, 61. *ff. de verb. oblig.*

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII JC.

DE TRANSACTIONIBUS

TRACTATUS.

CAPUT PRIMUM.

1. *De uſu verbi tranſigere, quid ſit tranſactio, & quid differat a pacto.*

SUMMARIUM.

1. *Verbi tranſigere cum propria, cum tropica ſignificatio.*
2. *Ejuſdem verbi uſus ſpecialis præſertim argumento propoſito: tum qua in re differat tranſactio a ſententia, & jurejurando.*
3. *Vera & exacta tranſactionis definitio.*
4. *Decidere pro tranſigere paſſim.*
5. *Vulgaris definitio tranſactionis minus accurata.*
6. *Inter paciſci & tranſigere quid interſit.*
7. *Quomodo interpungenda*, l. 1. *ff. hoc tit.*
8. *Res dubia quæ hic dicatur, obiter.*

1. VERBUM *tranſigere*, ſi originem & compoſitionem ſpectamus, idem ſignificat, quod ultra agere ſive tranſadigere. Tacitus *annal.* 14. *Gladio ſe ipſum tranſegit*, quod Virg. 9. *Æneid. Sed viribus enſis adactus Tranſadigit coſtas*. Statius. 5. *Theb. Quatuor hos una, decus & ſolatia patris, Tranſadigam ferro*. Atque hinc tranſlatum ab alia ſignificatione generali, ut idem ſit tranſigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero *pro Quintio: Quæro qua ratione Nævius ſuſceptum negotium tranſegerit?* Item *pro Roſc. Comœd. per nuntium hoc, quod erat tam leve, tranſigere potuiſti*. Terentius *in Andr. Facta, tranſacta omnia*, & paſſim in Comœdiis, *intus tranſigetur*. Sic dicimus vitam tranſigere pro traducere, peragere, διάγειν. Tacitus *in vit. Agricolæ: in hujus ſinu indulgentiaque educatus, per omnem honeſtarum artium cultum pueritiam adoleſcentiamque tranſegit*. Salluſt. *proœm. bell. Catil. Sed multi mortales dediti ventri atque ſomno; indocti incultique vitam ſicuti peregrinantes tranſegere*. Et initio ejuſdem proœmii; *ne vitam ſilentio tranſigant, veluti pecora*, quanquam non ignoro in vulgatis fere legi *tranſeant*. Atque in generali hoc ſignificatu, ſive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam a noſtris ſæpe uſurpatur, ut videre eſt in *l. ordine*, 15. *ad munc. l.* 5. *de decur. l. arbitrio*, 18. *de dolo*, 4. *ff. de dol. mal. l.* 1. *§. ult. ad SC. Tert. l.* 1. *§.* 3. *ff. de pact.* In *l. tranſacta*, 229. *& ſeq. de verb. ſign.* Paulus ait, tranſacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta ſunt, vel tempore, vel judicis ſententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum, *l. quid ergo*, 13. *§. pœna*, 7. *de his qui not. infam.* ſententia tranſactum dicitur de exiſtimatione, apud Cajum *l. admonendi*, 35. *in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando tranſactum, quomodo & Seneca præfat. *lib.* 7. *declam. Placet tibi rem jurejurando tranſigi.*

ſinn. Trell. Patii.

2. Cæterum paſſim in uſu juris & præſertim in argumento propoſito ſpecialiter hoc verbum uſurpatur, & pro ea duntaxat conventione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expedimus, ut pro eo aliquid viciſſim accipiamus: neque aliud in propoſito eſt tranſigere, quam rem dubiam litemve incertam conſenſu terminare, dato aliquo, ſeu promiſſo, aut retento, *l.* 1. *ff. h. t. l.* 2. *l. tranſactio*, 38. *C. eod. c. ſuper eo*, *x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero, pro Cluent. cum ait, *Manlius rem cum Oppianico tranſigit, pecuniam ab eo accipit, &c.* Ajo, *conſenſu terminare*, quibus verbis tranſactio diſtinguitur a ſententia & deciſione judiciali: nam judicium redditur in invitum, *l. inter*, 83. *§.* 1. *ff. de verb. obl.* hinc conſenſu terminata pro tranſactis, *l. interpoſitas*, 13. *C. h. t. cum ſimilib.* Additur, *dato aliquo, aut retento*, ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipſum ex conventione proficiſcitur, *l. qui juraſſe*, 26. *§. ult. ff. de jurejur.* & propter communem cum tranſactione effectum ſpeciem tranſactionis continere dicitur, *l.* 2. *eod. tit.* tranſactio tamen proprie non eſt; quia in jurejurando non intervenit mutua compenſatio, quæ in tranſactione deſideratur: ſed nullo dato vel retento aut promiſſo procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum eſt, neceſſitas imponitur,

ut aut juret, aut jusjurandum referat, *l. manifeſtæ, 38. d. tit.*

3. Tranſactio igitur, ut tribus verbis dicam, eſt non gratuita rei dubiæ deciſio facta conventione partium; atque ad hunc eundem modum etiam Weſembecius tranſactionem definit *parat. h. t. n. 2.* quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidiſſe videtur: Nam toties illic vacillat Weſembecius, ut Andabatarum more clauſis oculis in eum locum irruiſſe videatur, quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus tranſactionem non eſſe niſi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rurſus totum amittat: ſed de ſumma quæ petitur deciditur aliquid, & quaſi decerpitur, quod detur actori, ut quod ſupereſt, apud eum relinquatur.

4. Atque hinc factum eſt, ut Latinis, præſertim autem juris noſtri auctoribus, verbum *decidere* uſurpatum ſit pro tranſigere. Cicero pro Quintio, *Aſſem ſeſe negat daturum, niſi prius de rebus rationibuſque ſocietatis omnibus decidiſſet, & ſciſſet ſibi cum eo controverſiæ nihil futurum.* Idem pro Roſc. Amerino: *Si hanc ei rem privatim Sext. Roſcius mandaviſſet, ut cum Chryſogono tranſigeret atque decideret.* Eodemque ſenſu hoc verbo utuntur noſtri in *l. cum in eo, 44. ff. de pact. l. mandato, 60. ff. de procur. l. pr. ff. de cond. furt. l. 4. §. 1. ff. ad leg. Falc. l. ejus rei. 46. ff. de rei vind.* ex quo eſt litis deciſio pro tranſactione, *l. 7. l. ſub prætextu, 19. l. ſi quidem, 24. C. h. t.* deciſio furti *l. poſt deciſionem, 13. C. de furt.*

5. Vulgo loco generis pactum ſeu pactio ponitur: ſed non ſatis ſubtiliter mea quidem opinione. Etenim paſſiones & contractus non ſunt genera tranſactionis, ſed modi tranſigendi: nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit, aliquando ſtipulatio, *l. 2. l. pacto, 15. ff. l. ſub prætextu, 19. l. ſive apud, 28. C. h. t. l. cum proponas, 21. C. de pact.* quandoque dato aut retento, *l. tranſactio, 38. C. h. t.* quæ diverſa ſunt ab ipſa tranſactione, ſi proprie loqui volumus: nec duplex eſſe poteſt genus unius & ejuſdem rei. Qui in re tam plana aliud ſectantur, næ illi nodum in ſcirpo quærunt.

6. Inter paciſci & tranſigere hoc intereſſe ſcribit JC. in *l. 1. ff. h. t.* quod qui tranſigit, quaſi de re dubia & lite incerta neque finita tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa rem certam & indubitatam ex liberalitate remittit. Diſcrimen in duobus poſitum. 1. Tranſactio ſemper eſt de re dubia & incerta: nam quod in *l. 32. C. h. t.* dicitur, de *certa re* pactum tranſactionis interpoſitum, id non de re indubitata, ſed de una aliqua re aut lite, intelligendum eſt, ut ex ipſo contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa ſeu indubitata fit, ſed non ſemper: nam interdum etiam de re controverſa & litigioſa paciſci dicimur, *l. 7. §. ſi paciſcar, cum ſeq. ff. de pact. l. tranſigere, 18. C. h. t. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & ſeq. ff. de his qui not. infam.* Itaque hic character non perpetuus, ſed *ἐκ τῶ ὡς ἐπὶ τὸ πλεισονάκις θεωρεῖ.* 2. Pactum in ſpecie acceptum ut *ἀντίθετον* tranſactionis, ſemper eſt gratuitum: at tranſactio in ſpecie ſic dicta ſemper fit aliquo dato retentove aut promiſſo, nunquam gratis, *l. tranſactio, 38. C. h. t.* & hic character eſt perpetuus. Unde pactum donationis cauſa & tranſactio opponuntur, *l. 3. C. de repud. vel abſtin. hered. l. 6. de ſolut.* ſicut aliis locis tranſactioni opponitur donatio, *l. cum donationis, 34. C. h. t. ex conducto, 15. §. 4. ff. locat.* Quod ſi alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promiſſo, ibi pactio ſive pactum latiore ſignificatione ponitur pro tranſactione, ut in *l. contra juris, 28. in fin. ff. de pact. l. 1. C. eod. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & 4. ff. de his qui not. infam. l. 4. ff. de jur. fiſc.* non quod proprie pactum ſe habeat ad tranſactionem, ut genus ad ſpeciem, ſi ſubtilius loqui volumus: ſed quia tranſactio etiam pactione fit: unde alibi rectius appellatur pactum tranſactionis cauſa factum & placitum tranſactionis *l. cum proponas, 21. C. de pact. l. 7. l. ſi de certa, 31. l. ſi pro fundo, 33. C. h. t.* ſicut & pacto dicitur tranſigi, *l. 2. l. pacto, 15. C. eod. l. ſi inſtituta, 27. pr. ff. de inoff. teſt.*

7. Duarenus & Donellus textum *d. l. 1. ff. h. t.* ſic interpungunt; *Qui tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta, neque finita tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit*, commate poſito poſt *donationis cauſa*: idque poſt Ciſnerum etiam probat Borchole. *c. 1. ad hunc t. n. 28.* Sed hæc interpunctio tantum abeſt, ut neceſſaria ſit, ſicut ea, quæ diximus, aperte demonſtrant, ut etiam mihi videatur inconcinnam efficere, & tantum non ineptam JC. ſententiam *qui paciſcitur donationis cauſa, rem ex liberalitate remittit* quaſi vel unus de eo dubitari poſſit. Sane Græcorum interpretatio iſtam *διαστολὴν* ferre non poteſt, qui ſic lib. 11. *Baſil. tit. περὶ διαλύσεων.* Ulpiani verba reddunt: *ὁ διαλυόμενος ὡς περὶ πράγματος ἀμφιβόλου καὶ δίκης ἀδήλου καὶ ἀπεράντου διαλύεται. ὁ δὲ συμφωνῶν κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον καὶ ἀναμφίβολον φιλοτίμως συγχωρεῖ*, neque enim verba *κατὰ δωρεὰν* recte referas ad præcedens *συμφωνῶν*. Et iterum apertius, *εἰ δὲ τὴν κυριότητα τῆς συμφωνίας καὶ διαλύσεως ὅτι συμφώνησις μέν ἐστι ὁμολογουμένου χρέους συγχώρησις. διάλυσις δὲ ἀμφιβαλλομένου χρέους συμβιβασμός*, atque ad eundem modum Attiliata in *ſynopſi tit. 6.* & Harmenop. *lib. 1. tit. 13. §. 14.* quia ſua illinc tranſtulerunt.

8. Illud notandum eſt, in cauſa tranſactionis rem dubiam dici non ſolum eam, de qua lis jam mota eſt; ſed etiam eam, de qua moveri poteſt, aut lis metuitur, *l. 2. C. h. t.* imo amplius etſi neque lis ſit, neque lis metuatur, dummodo alia ratione res ſit dubia, ut in ſpecie *l. 1. C. de pact. l. de fideicommiſſo, 11. C. h. t. l. 8.*

§. ſi

§. *ſi in annos*, 23. *ff. eod.* ſed hæc accuratius infra ſub c. 4. *de materia tranſactionis*.

CAPUT II.

Quibus modis fiat tranſactio.

1. TRANSACTIO vel fit nuda conventione, veluti ſi quis paciſcatur, ut certum aliquid accipiat & à lite recedat, *l. 2. l. pacto*, 15. *ff. h. t. l. ſi inſtituta*, *ff. de inoff. teſt. l. ſive apud*, 28. *C. h. t. cum ſimilib.* & tale pactum etſi ipſo quidem jure actionem non tollat, ſed ea nihilominus integra adhuc actori maneat: exceptionem tamen reo parit ad ſummovendum actorem, ſi contra placita litem perſequi velit, *l. ſub prætextu*, 19. *d. l. ſive apud C. eod. l. cum proponas*, 21. *C. de pact.* Cæterum ita reus ex placito tranſactionis inutilem exceptionem habet, ſi paratus ſit implere, quæ ipſe contra promiſit; alioqui replicabitur de dolo, *d. l. ſub prætextu d. l. cum proponas*, *l. ult. C. ſi adverſ. tranſact.* Quod ſi verbi cauſa in lite familiæ erciſcundæ convenit ut, certis partibus hereditatis conſtitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam; neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi; porro huic placito ſtipulatio ſubjecta eſt: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti fine ſtante, actio naſcitur, *l. diviſionis*, 45. *ff. de pact. d. l. cum proponas*, *C. eod.* & ideo placiti ſervandi cauſa ſtipulatio ſubjici ſolet, *l. pacto*, 15. *ff. l. ſi pro fundo*, 33. *C. h. t. l. cum proponas*, 21. *l. petens*, 27. *C. de pact. l. 5. C. de contr. ſtip.* Quidam putant in *d. l. cum proponas*, conventionem tranſactionis cauſa interpoſitam ideo ad producendam obligationem & actionem efficacem non eſſe, quia ſerio & deliberato animo non interceſſerat: quam ob cauſam Impp. quod geſtum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitum conſenſum: quaſi vero plurium conventio tranſactionis gratia interpoſita non ſit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum conſenſus. Nec vero, ut illi contendunt, ſcripturæ illic mentio fit, quia ex ea conſtet tranſactionem factam certo ac præmeditato conſilio, ſed factam eſſe omnino, ea autem non interveniente alia probatione ſit opus, ut ex textu ipſo ſatis apparet. Et quid quæſo refert ad vim obligationis ſcriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne; dummodo id, quod actum eſt, probari poſſit? *l. cum res*, 12. *C. de probat. l. pactum*, 17. *C. de pact. l. 5. C. h. t.* Sed hæc inter pactum & ſtipulationem differentia jure Canonum ſublata eſt *c. 1. & 3. x. de pact.* utique ſecundum communem canoniſtarum ſententiam. Sane moribus hodiernis eadem ſeriæ cujuſque pactionis, quantumvis nudæ, vis eſt, quæ ſtipulationis; nec pactum minus, quam ſtipulatio ad actionem prodeſt: & hoc ſimplicitati juris naturæ ac gentium omnino convenit, *l. cum amplius*, 84. §. 1. *de reg. jur.* de quo fuſius diſſero *tr. de pact. c. 7.*

2. Vel fit per contractum innominatum do ut des, vel facias: veluti, *do tibi prædium, ut a lite diſcedas*, *l. ſi pro fundo*, 33. *C. h. t. remitto actionem, ut mihi partem bonorum des*, *l. 6. C. eod.* Denique quoties ſimili lege quid datur, aut fit ab uno: quo caſu ei qui dedit, aut fecit, in id quod intereſt, præſcriptis verbis actio competit *dd. ll.* nam quoties quid certa lege vel datum vel factum eſt, quod in utraque ſpecie *dd. ll.* ſupponendum eſſe, ratio deciſionis ſatis arguit, pacti natura exceditur, & contractus evadit innominatus, unde civilis incerti actio, id eſt, præſcriptis verbis exoritur, *l. juris gentium*, 7. §. 2. *ff. de pact. l. ſi dominus*, 8. *in fin. l. ſolent*, 15. *ff. de præſcr. verb. l. 6. C. de jur. dot.* & huc transferri poſſunt, quæ nos *tr. de pact. c. 6. n. 5. & 6.*

3. Vel fit per ſtipulationem Aquilianam, & acceptilationem, *l. 2. l. pacto*, 15. *ff. h. t.* (nam acceptilatio ſubſequitur neceſſe eſt, *l. 4. l. ut reſponſum*, 15. *l. ſi cauſa*, 32. *C. eod.* idque addendum *d. l. 2. & l. 15. ff. eod.*) & tunc actio ipſo jure ſublata eſt, ut omnino amplius moveri non poſſit, *d. l. 4. d. l. ut reſponſum*, *l. ſub prætextu*, 19. *C. eod. l. ult. C. Si adv. tranſact.* Declaremus rem exemplo. L. Titius cum P. Mævio judicio agens centum ab eo petit, Mævius ſe debere negat. Cum res eſſet dubia, convenit inter eos, ut Titius acciperet quinquaginta, & a lite diſcederet. Titius acceptis licet quinquaginta, poteſt nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto tranſactionis actio ipſo jure ſublata non eſt: quamvis id pactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipſo jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita ſtipulabitur: *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes*, daturum *te mihi ſpondes?* & reus reſpondebit, *Spondeo*, ac mox interrogabit actorem, *habetne acceptum id quod ita novandi animo ſtipulatus eſt*, & actor acceptum ferat.

4. Vel fit per ſtipulationem ſimplicem, veluti, *Dabis mihi centum, ut a lite diſcedam?* & tunc actio ex ſtipulatu datur, *l. cum mota*, 6. *l. ſi profundo*, 33. *C. h. t.*

5. Vel denique pactioni aut ſtipulationi antecedenti ſubjungitur etiam pœnalis ſtipulatio, veluti, *dabo tibi centum, ut a lite diſcedas. Spondeſne ergo te a lite diſceſſurum? & ſi non diſcedas, pœnæ nomine ducenta dare ſpondes? l. pact.* 15. *ff. l. promi.* 37. *l. ſi quis*, 41. *C. eod.* & hoc conſultius eſſe ſcribit Paulus in *d. l. pacto*, *ff. eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod intereſt paciſcentis aut ſtipulantis, ſi promiſſis non ſtetur, §. *ult. Inſt. de verb. oblig.* hoc autem caſu ſi actor acceptis centum, ut a lite diſcederet, non deſiſtat, ſed litem adhuc moveat, liberum erit reo alterutrum facere, nempe per exceptionem pacti ſe tueri adverſus

agere volentem, vel pœnam in ſtipulationem deductam petere: non autem ſimul & exceptione tranſactionis uti poteſt, & petere ducenta pœnæ nomine, niſi expreſſim convenerit, ut rato manente tranſactionis placito etiam pœnam petere liceat, *l. pen. ff. h. t.* nam tunc ex voluntate tranſigentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non eſt æquum, ut ſimul & ex ſtipulatione pœnali commodum ferat, ſed alterutro contentus eſſe debet, *l. reſcriptum*, 10. §. 1. *ff. de pact. l. ſi pacto*, 14. *C. eod. l. ſi pater*, 12. §. 2. *ff. de pact. dot. l.* 4. §. *labeo*, 7. *de excepto, dol. mal.* tac. *l. ſi quis*, 129. *de verb. obl.* Atque hinc explicandum & temperandum reſponſum Scævolæ in *l. qui Romæ*, 122. §. *ult. d. tit.* ut recte ibid. Cujac. Duar. Donell. idem Cujac. in *l. reſcriptum*, §. 1. poſt Gloſſ. Bart. &c. *de pact.*

6. Plane ſi jurata ſit pactio vel tranſactio, & contra eam factum, placet eum cujus intereſt, odio perjurii utrumque conſequi poſſe & præterea qui fidem rupit, notatur infamia, *l. ſi quis major*, 41. *C. h. tit.* & ibi DD. quæ nova eſt Arcadii & Honorii conſtitutio perjurium arbitratu ſuo punientium, ſed noſtris & Gallorum moribus pœnæ hujus conſtitutionis non obſervantur, teſtib. Syp. *not. jur. Belg. de pœn. verſ. pœn.* Autumn. *ad d. l.* 41. Groenevv. *ibid.* & aliis illic allegatis.

7. Caſus nonnihil diverſus eſt, qui proponitur in *l. cum proponas*, 17. *C. h. t.* Nam quod ibi reus, qui dedit, ut actor a lite diſcederet, actore litem inſtaurante, repetere poteſt, quod dedit id non fit vi ſtipulationis pœnalis, ſed quia cauſa ob quam datum erat, ſecuta non eſt, unde danti condictio ob cauſam dati re non ſecuta, quam habet etiam ſine ſtipulatione pœnali, *tit. ff. de cond. ca. dat.* & *C. de cond. ob ca. dat.* utique enim ſi nolint exceptione tranſactionis uti, neque in factum præſcriptis verbis agere, poterit repetere quod dedit, *l.* 5. §. 1. & 2. *ff. de præſcr. verb.* Quod ſi reus ſtipulatus ſit, ut actore fidem non ſervante, poſſit & exceptione tranſactionis uti, & ſimul data repetere, hæc eſt illa ſtipulatio pœnalis, de qua in *l. cum proponas*, *C. h. t.* cujus vis in eo poſita, ut utroque auxilio reus, ſi velit, fruatur. Vid. Hotom. *in d. l. cum proponas*, & *q. illuſtr.* 20.

8. Porro aut pure fieri tranſactio poteſt, aut ſub conditione, *l. ſi ſuper*, 9. *C. h. t.* & tam verbis generalibus, quam ſpecialibus: neque enim neceſſe eſt eum, qui tranſigit, negotia omnia aut lites recitare, *l. ſub prætextu*, 29. *l. ſi de certa*, 31. *C. eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat, *l. non minorem*, 20. *C. eod.* in judicio, an extra judicium, *l. ſive apud*, 28. *C. eod.* ſcriptura interveniente, nec ne, ſive ut belle Græci, *ἐγγράφως ἢ ἀγράφως*, *l.* 5. *d. l.* 28. *C. eod.* Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 10. §. 2. Etenim ſcripturæ fieri ſolent, ut quod actum eſt, facilius probari poſſit: cæterum & ſine his valet, quod actum eſt, ſi habeat probationem, *l.* 4. *ff. de pignorib. l.* 4. *ff. de fid. inſtrum.* Quod ſi per ſimulationem aliquid a tranſigentibus expreſſum eſt, quod in ſcriptura contineatur, id quod inter eos actum eſt magis, quam quod ſcriptum eſt, inſpiciendum erit, *l. cum ea*, 21. *C. h. t. l. ſi ex pretio*, 6. *C. ſi cert. pet. tot. tit. C. plus val. quod agit. quam quod ſimul. conc.* In tranſactione de alimentis forma & ſolemnitas oratione D. Marci præſcripta, obſervanda eſt, quæ extat in *l. cum hi*, 8. *ff. hoc tit.*

CAPUT III.

Qui tranſigere poſſunt.

1. TRANSACTIO eſt ex genere prohibitorum: quamobrem ſic recte definiemus, poſſe omnes tranſigere, qui natura aut jure non prohibentur, *arg. l. mutuo*, 43. §. 1. *ff. de procur. l. nec non*, 28. §. 2. *ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam tranſactio, eſt ex conventione, & conſenſu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, tranſigere non poſſe, quales ſunt furioſi, mente capti, infantes, *l. in negotiis*, 5. *de reg. jur. l.* 1. §. *furioſus*, 12. *ff. de obl. & act.* §. *pupillus*, 9. *Inſt. de inut. ſtip.* Nemo autem ob morbum corporis tranſigere prohibetur, dummodo mente ſanus, ſit, *l. ſanum* 27. *C. hoc tit.* fieri enim poteſt, ut morbus uſque ad animum quoque penetret, mentemque ſic afficiat invaletudo corporis, ut ipſa ſibi non conſtet, *l.* 1. §. 9. *l.* 4. *ff. de ædil. edict.*

2. Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum tranſigere ſine tutoris auctoritate poſſe exiſtimo. Nam etſi ejus ætatis pupilli recte paciſcantur, ne quod debent, a ſe petatur, & tale pactum jure valeat, *l. contra*, 28. *pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo ſe obligare, nec remittendo alios liberare poſſunt: ſine quibus tamen tranſactio nulla eſt, *l. tranſactio*, 38. *C. h. t.* Nec obſtat, quod hujuſmodi tranſactio, quatenus pupillis prodeſt, favore ætatis ſuſtinetur: nam & ætatis favore ſuſtinetur ſententia pro minore lata in ſpecie, *l. non eo minus*, 14. *C. de procur.* quamvis revera & inſpecta ratione juris nulla ſit. Sic etſi nulla venditio eſt earum rerum, quæ commercio exemptæ ſunt, *l.* 6. *l. ſi emptione*, 34. §. 1. *ff. de contr. empt.* tamen ſi quid eorum deceptus a venditore emero, placet hactenus emptionem ſubſiſtere, ut actione ex empto conſequar, quod mea intereſt deceptum non eſſe, §. *ult. Inſt. de empt. & vend.* & ita cape *l.* 4. *ff. d. tit.*

3. Plane dicimus, ne puberes quidem curatores habentes ſine conſenſu ejus recte tranſigere, quoniam tranſactio in pleriſque inſtar alienationis eſt: certi vero atque explorati juris eſt, minores non poſſe abſque curatorum conſenſu res ſuas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut a lite diſcedatur, ſpeciem continet alienationis, & ad jus adminiſtrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus dene-

nega-

negatum eſſe conſtat. Itaque hoc ſolum hic quærendum relinqui videtur, an non ſaltem minoris tranſactio ſine curatore facta, non dato aliquo aut remiſſo, ſed promiſſo tantum, ipſo jure valeat, atque ex hac promiſſione ſua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum cenſeo: neque enim magis in minore id admittere poſſis, quam in eo, cui a prætore curatore dato bonis interdictum eſt; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Impp. in *l. 3. C. de int. reſt. min.* ſicut autem certum eſt prodigos promittendo ſe obligare non poſſe, *l. is cui, 6. ff. de verb. oblig.* & ibi Gloſſ. & DD. ita non minus pro certo habendum, tranſactionem qualemcunque a prodigo interpoſitam nullius eſſe momenti, atque ea communis eſt uſuque recepta ſententia prolixius a nobis defenſa *tr. de pact. c. 13. n. 13. & ſeqq.* Minores vero ſine curatore conſtituti tranſigere quidem poſſunt, valet ipſo jure talis tranſactio: ſed ſi intra tempora legitima ſe læſos eſſe probaverint, cauſa cognita in integrum reſtituuntur, *d. l. 3. C. de in int. reſt. min. & tit. C. ſi adverſ. tranſact.* Quare quod legitima ætas in tranſactione requiritur, *l. ſi major, 22. l. ſi majores, 25. C. h. t.* id eo pertinere ſciendum eſt, ne forte ob ætatem poſtea reſcindatur tranſactio, ſed ut rata maneat, eamque ſequatur pleniſſima ſecuritas. Quamobrem in univerſum ſic definire licebit, neminem jure & efficaciter tranſigere poſſe, niſi qui liberam habeat rerum ſuarum adminiſtrationem.

4. Cæterum ſunt etiam, qui alieno nomine recte tranſigunt, & quidem quin is tranſigere poſſit, cui ſpecialiter mandatum eſt, ut tranſigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem ſuam conſtituto ſive cui ceſſa aut mandata eſt actio, dubitandum non eſt, quin tranſigere ac decidere cum adverſario poſſit, cum poſſit & jusjurandum deferre, *l. jusjurandum, 17. in fin. ff. de jurejur.* adeoque domini loco habeatur, *l. ſed ſi, 13. §. 1. ff. de pact. l. procuratori, 55. ff. de procur.* ut magis in propria cauſa, quam aliena tranſigere videatur, *l. qui ſtipendia, 19. C. de procur.*

5. Sed procurator ad agendum vel defendendum datus tranſigere non poteſt, niſi litis quoque deciſio ſpecialiter ei mandata fuerit, *l. tranſactionis, 7. C. h. t. c. qui ad agendum, 2. de proc. in 6.* fines enim mandati diligenter cuſtodiendi ſunt, *l. 1. ff. mand.* at qui tranſigit, litem non movet, ſed finit, unde nec mandato generali contineri tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam reſponſum eſt, *l. mandato, 60. ff. de procur.* hoc eſt, ut ego interpretor, atque ex ipſo textu elicere videor, ne is quidem, qui ſimpliciter aut generaliter procurator ab aliquo conſtitutus eſt, etiam tranſigendi licentiam accepiſſe intelligitur, ſed litium duntaxat exercendarum poteſtatem; ut proinde irrita ſit & hujus procuratoris tranſactio citra ſpeciale mandatum, aut ratihabitionem mandantis; quæ etiam Eguin. Baronis in *d. l. mandato*, & Franc. Duaren. *c. 1. ad h. t.* ſententia eſt. His porro & illud conſequens, nec actores defenſoresve civitatis, municipii, aut corporis alicujus tranſigendi poteſtatem habere, extra quam ſi ſpeciale ad hoc mandatum habeant: & argumento eſt, quod nec aliter jusjurandum deferre queant, *l. jusjurandum, 34. §. 1. ff. de jurej.*

6. At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium adminiſtratio commiſſa eſt, tranſigere, aliaque omnia facere & audacter adminiſtrare poteſt, quæ communis ipſe faceret ſi præſens adeſſet, *l. procurator, 58. ff. de procur. l. nam & nocere, 12. ff. de pact. l. jusjurandum, 17. §. ult. ff. de jurejur.* nec intereſſe putamus, utrum ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo *libera*: nam & illi libera & neutri amplius, quam adminiſtratio permiſſa eſt: quodque uni licet alteri quoque licere ex collatione *d. l. procurator, & d. l. nam & nocere*, multarumque aliarum, quas congeſſimus in *comment. ad §. nihil autem, 42. Inſt. de rer. div.* manifeſte apparet, add. Duar. *ad l. 1. §. per procuratorem, 20. ff. de acq. poſſ.* Don. 4. *comment.* 15. Vaud. 1. *q.* 47. ubi tritam illam diſtinctionem inter procuratorem omnium bonorum ſimplicem & cum libera, ut commentitiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera adminiſtratio permiſſa eſt, tranſigere poſſe, hoc ſic accipi volumus, ut poſſit etiamſi paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat oſtendere: ſed ut poſſit, quando probationes ei deficiunt, & in cauſa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut re, licet non uſque certa, modico forte accepto a lite diſcedere non debet, & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere poteſt: hoc enim non tam adminiſtrare eſt, quam profundere & diſſipare, *l. 7. ff. de donat.* & huc fac. arg. ex *contra juris, 31. in fin. de pact. l. pactum, 22. C. eod. l. præſes, 12. C. h. t. l. tut. 35. pr. ff. de jurejur. l. Lucius, 46. §. ult. ff. de adm. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l. 21. ff. de pact. l. jurejur. 17. §. 2. ff. de jurejur.* & ſi quæ ſimiles.

7. Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores: nam & ipſi de re pupillorum & adoleſcentium recte tranſigunt, *l. Lucius, 46. §. ult. ff. de adm. tut. l. ſi pignus, 54. §. ult. l. interdum, §. 4. ff. de furt.* non aliter tamen, quam ſi jus illorum obſcurum & valde dubium ſit, nec probationes ſuppetant, per *l. tutor, 35. ff. de jurejur.* aut ſi forte alias nihil ſint conſecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi cauſa, *d. l. Lucius, §. ult.* Itaque recte Gail. 2. *obſ.* 72. tum demum ait valere tranſactionem tutoris, quando de juſtitia pupillorum plurimum dubitatur: aut

cum

Digitized by Google

cum forte ſumptus in exigendo & lite perſequenda faciendi, exceſſuri ſunt ipſius debiti quantitatem: nam & in dubio litis exitu præſtat partem accipere, quam periculum amittendi totius ſubire; & ſatius eſt accepto aliquo a lite diſcedere, quam majores toto quod conſequi poſſis, impenſas facere. Illud in confeſſo eſt, ſi per tranſactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recenſentur in *l. lex, quæ. 22. C. de adm. tut.* in adverſarium transferenda ſit, eo caſu etiam judicis decretum interponendum eſſe, *d. l. 22. l. 4. C. de præd. & al. reb. min. &c.* In eadem cauſa ſunt & administratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permiſſum eſt de re civitatis dubia liteque incerta tranſigere: rem autem certam atque indubitatam fruſtra remittunt, *l. præſes*, 12. *C. hoc tit.* ubi hujuſmodi remiſſiones a curatoribus civitatis factæ, ambitioſæ vocantur, & merito: non enim dubium eſt, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut ſplendoris, alioſque ſibi cupiant gratia & beneficio demereri: ambitio enim gratiam & favorem ſignificat, *l. 3. C. de execut. rei jud.* apud Cic. *lib. 13. epiſt.* religioſe & ſine ambitione commendare, eſt commendare ſine favore: apud Mecianum, *l. ſerv. 65. §. 2. ff. ad Sen. Treb.* ambitioſe jubere reſtitui, eſt gratioſe & favorabiliter, φιλοτίμως, decurionum decreta varia ratione per gratiam expreſſa, ambitioſa appellat Ulpian. *l. 4. de decr. ab ord. fac.* ut & decreta præſidum, quibus ante legitimam ætatem adoleſcentibus rerum ſuarum committitur adminiſtratio, *l. 3. ff. de minor.* Objicit huic ſententiæ Accurſius reſcriptum Severi & Antonini in *l. 5. C. de uſur.* ubi tamen nihil ſimile.

8. Ajunt illic Impp. adverſus creditorem, qui per certos annos minores uſuras, quam cautæ erant, accepit, majores poſtea petentem, utilem eſſe exceptionem pacti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adverſus rempublicam ſive civitatem, ſi forte defenſores civitatis minores uſuras longo tempore acceperint. Non ajunt, ſi id factum ſit ab adminiſtratoribus, ſyndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum eſt, rempublicam obligare non poteſt, *l. civilitas*, 27. *ff. de reb. cred.* ſed ſi id fecerint civitatis defenſores, id eſt, ipſi magiſtratus, qui totum reipub. corpus repræſentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio civitati quoque quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l. 16. ff. de verb. ſign. l. nihil intereſt*, 15. *ff. de ſenat. Maced.* nocere queat.

9. Defenſores autem civitatum paſſim in conſtitutionibus appellari ipſos civitatum magiſtratus, qui Græcis ἔκδικοι ἢ στρατηγοὶ dicuntur, *l. θεσπίζομεν*, 30. *C. de epiſc. aud.* ſatis nunc conſtat *l. 2. C. de annal. except. §. nos autem, Inſt. de Atil. tut. & tot. tit. C. de defenſ. civ.* Hoc vero diſcrimen cum Accurſius & Accurſiani interpretes non obſervaverint, magno molimine magnas nugas commenti ſunt, ut videre eſt apud Sichard. in *d. l. præſes, C. hoc t.* An autem in caſu hic propoſito petenti reipublicæ concedenda ſit in integrum reſtitutio, non eſt quæſtio hujus loci, vid. Fort. Odd. *p. 1. q. 3. art. 9. & ibi alleg.* Sichar. in *l. 4. C. quib. ex cauſ. major.*

10. Procurator autem Cæſaris ſive Principis, qui & rationalis, omnino tranſigere non poteſt; ac ne eo quidem caſu quo rerum omnium procurator privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte tranſigit; id eſt, nec ſi jus principis ambiguum & obſcurum eſſe conſtet, niſi ſpecialis accedat Principis conſenſus: ſic enim intelligenda puto verba Æmilii Marci in *l. nulli*, 13. *ff. h. t. nulli procuratorum Principis inconſulto Principe tranſigere licet*; id eſt, ſine ſpeciali Principis mandato. Excipiunt Gloſſa, Bart. Jaſ. niſi tranſigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud viciſſim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere poteſt, per *l. 1. §. 1. ff. de off. proc. Cæſ.* quam exceptionem probat & Perez. in *C. h. t. n. 4.* Sed quid intereſt, rem, de qua controverſia eſt, rationalis remittat, & aliud viciſſim pro ea accipiat; an rem ipſam retineat, aliud viciſſim det? Nam & hoc modo tranſigendo alienat, quod ei nullo modo permiſſum ſine expreſſo conſenſu Principis, *d. l. 1. §. 1. ff. de offic. proc. Cæſ.* Præſtat itaque rejecta iſta exceptione jus tranſigendi procuratori rei dominicæ ſimpliciter denegare cum Baldo, Caſtrenſ. Duar. niſi ad hoc ſpeciale mandatum habeat: maxime cum ita ſerviamus etiam verbis Juriſconſulti in *d. l. nulli, h. t.* quod in re dubia melius eſſe docet Ulp. *l. 1. §. licet autem*, 20. *ff. de exerc. act.* Enimvero ſi rationalis tranſigendo utiliter rem Principis geſſerit, dubium non eſt, quin eam tranſactionem ratam habere Princeps poſſit. Sed hoc nihil ad propoſitum facit, cum & pupillorum & minorum curatorem habentium tranſactio, quatenus ſibi proſunt, ſuſtineatur, ut dictum ſupra circa initium hujus cap.

11. De illo non ſatis convenit an & quatenus patris de rebus filii tranſactio procedat & filio obſit. Et de bonis filii emancipati patrem tranſigere non poſſe Ulpian. in *l. de re*, 10. *ff. h. t.* reſpondet: nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur, §. 3. *Inſtit. de hær. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei tranſigendi jus habet ſine ejus mandato, *l. 3. pr. ff. h. t. l. ſi unus*, 27. §. 4. *ff. de pact.* qua de cauſa nec matris tranſactio liberis obeſt: nempe quia liberi matri extranei ſunt, *d. §. 3. Inſt. de hered. qual. l. 5. ff. de adopt.* junct. *d. l. 27. §. 4.* Sed & filius emancipatus, ut quivis alius paterfamilias pleno jure bona poſſidet, *l.*

paterſ.

paterf. 182. *ff. de verb. ſign.* Utique tamen ſi filius emancipatus in prima adhuc ætate ſit conſtitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciſcitur, idem jus circa tranſactionem de rebus filii emancipati habet, quod cæteri tutores, & ita temperanda, *d. l. de re*, 10. *ff. h. t.* Quid ſi filius ſit in poteſtate? Diſtinguenda ſunt peculia; nam in caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l. 2. ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. teſt.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure eſt patris, & ideo de eo, tamquam de re propria, recte tranſigit. De bonis vero adventitiis ita ſtatuendum. Quorum bonorum adventitiorum uſufructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis tranſigere pater poteſt. Ratio eſt, quia pater non modo horum bonorum uſumfructum habet; ſed etiam legitimam adminiſtrationem, *l. ult. C. de bon. quæ lib. in poteſt.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut adminiſtratori, concedatur, quod cæteri tutores & curatores habent in rebus eorum, quorum tutelam aut curam gerunt, ut ſcilicet etiam tranſigere pater de bonis iſtis filii in cauſa dubia liteque incerta poſſit, ita, Accurſ. *in d. l. de re, & cæteri ibid.* & in *l. præſes, C. eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admiſſo fieri poſſit, ut tranſactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filios competit. Quid enim, an tutori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc adminiſtratio privilegiata eſt: nam tutores & curatores pro adminiſtratione ſua cautionem præſtant, *tot. ff. rem pup. ſalv.* pater non præſtat, *d. l. ult. §. 4. C. de bone quæ lib.* quod haud dubie conſtitutum eſt ob reverentiam paternæ poteſtatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum, qui plus præſtat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etſi hoc procedit in perſonis ejuſdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid eſt in una perſona, quod vel exæquet vel etiam ſuperet qualemcunque cautionem alterius, ut in ſpecie, quam hoc loco tractamus. Eſt tamen hic adhibenda diſtinctio aliqua ex *d. l. ult. §. 3.* videlicet, ut ſi filius ſit juſtæ ætatis, tunc etiam filii conſenſus in litis tranſactione adhiberi debeat, ſicut & in movenda actione; ſin minus, patris ſolius ſufficiat: qua diſtinctione etiam Cujacius in *d. l. de re ff. h. t.* uti debuerat, non ſimpliciter filii conſenſum exigere. Superfluum jam & ineptum eſſet monere hic, non aliter patris ſuper re filii propria tranſactionem procedere, quam ſi ex juſta cauſa & bona fide tranſactio fiat, quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. *t. 4. n. 11. ad hunc tit.* Nam qui ſuper re plane dubia & probationibus deficientibus aut cum conſenſu ejus, cujus res eſt propria, tranſigit, non poteſt non videri bona fide & juſta ex cauſa tranſigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, ſed ex communi interpretum ſententia & probabili ratione receptum eſt, ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adultorum immobilibus, iiſve mobilibus, de quibus Conſtantinus in *l. 22. C. de adm. tut.* tranſactio ſine interpoſitione decreti magiſtratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & ſimul legitimo adminiſtratore, tranſigente decreto non ſit opus. Jaſ. & alii in *l. præſes, 12. C. h. t.* Gail. 2. *obſ. 72. num.* 14. quam ſententiam & Bachovius probat *cap. 3. de tranſact.*

12. Poſtremo & illud quæſitum eſt, an vaſallus de feudo tranſigere poſſit, inconſulto feudi domino. Et video plerisque placere hanc diſtinctionem, ut ſiquidem vaſallus ipſe feudum poſſideat, tunc ſine conſenſu domini non poſſit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero poſſeſſum poſſit relinquere poſſeſſori. Tiraq. *de retract. gentil. tit. 1. §. 1.* Gloſſ. 14. *n. 66.* Clar. *§. feudum*, q. 38. Weſ. *conſ. 70. n. 13.* Broncholt. *de feud. c. 8. n. 44.* Cæterum hanc diſtinctionem non videntur pati poſſe textus in *c. un. de contr. int. vaſall. & al. de ben. &c. ſi vaſallus de beneficio, ſi de feud. def. contr.* quibus locis permittitur vaſallo tranſigere cum adverſario etiam in præjudicium domini & ſine ejus conſenſu, dummodo fraude careat tranſactio: idque non modo ſi agat vaſallus, verum etiam ſi conveniatur: quo tamen poſteriore caſu nihil in præjudicium domini vaſallus facere poteſt, niſi in actorem feudum ipſum aut partem feudi transferat: nam rei non feudalis alienatio ſicut jus domini omnino non lædit, ita nec conſenſum ejus ullo modo deſiderat. Quamobrem rectius fortaſſis illi ſentiunt, qui poteſtatem de feudo tranſigendi vaſallo ſimpliciter concedunt, dummodo tranſigat bona fide & ſine colluſione; rejecta etiam illa aliorum diſtinctione, utrum tranſactio cum alio convaſallo, an cum plane extraneo interponatur, Alvarot. *in d. §. un. verſ. nota quod vaſallus.* Curt. *de feud. part. 4. cauſ. 41. q. 7.* Zaſ. *p. 9. de feud. alien.* Duar. §. 12. *num.* 10. Schenck. *in d. §. ſi vaſallus*, add. *deciſ. cur.* Holland. 7.

CAPUT IV.

De quibus rebus tranſigere poſſumus.

SUMMARIUM.

1. *Ut procedat tranſactio vel metus licet ſufficit, ubi explicatur l. 65. §. 1. de cond. ind.*
2. *Tranſactio per calumniam expreſſa non valet.*
3. *Quacunque ratione res dubia ſit, etiam ci-*

tra

tra litem aut metum litis, procedit tranſactio.

4. *L. ſi de certa, 31. C. h. t. expoſita.*
5. *De re judicata fruſtra tranſigitur.*
6. *Explicatur l. ſi cauſa, 32. C. h. t.*
7. *Quid ſi ſententia jure non ſubſiſtat.*
8. *Quid ſi ab ea appellatum ſit, aut appellari poſſit, aut in dubium vocatur, an judicatum.*
9. *Quid ſi reſtitutio in integrum impetrata, aut poſtulata adverſus ſententiam: ubi quædam notabilia in praxi.*
10. *Quid ſi ſuper inſtrumento guarantigiato, poſt rem jurejurando deciſam, poſt confeſſionem judicialem, tranſactio interpoſita.*
11. *Tranſactionem admittunt actiones omnes, tam in rem, quam in perſonam, etiam præjudiciales: ubi quædam non ubique obvia.*
12. *An tranſactioni locus in cauſis matrimonialibus.*
13. *Etiam quæ ex maleficio naſcuntur actiones, cum civiliter agitur, tranſactionem admittunt, ubi nonnulla, quæ hactenus non ſatis explorata.*

1. OBjectum ſive materia tranſactionis ſunt res dubiæ & litigioſæ, de quibus ſcilicet vel nunc lis ſit, vel in futurum eſſe poſſit, aut metuatur, *l. 1. ff. l. 2. C. h. t.* nam litem motam eſſe nihil neceſſe eſt: ſatis eſt, ſi eſſe poterit, & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, exempl. *in d. l. 2. C. h. t.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l. ſumma, 65. §. 1. ff. de cond. indeb. quod tranſactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur*, ſed melius alii cum Accurſio verbo *rei* iſtic debitum intelligunt, quaſi JC. dixiſſet, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit: hoc enim eſt; quod mox ſequitur, *nam ſi lis fuit, &c.* cui ex aliis locis addendum, *aut timor futuræ litis*, utique quod tranſactionis cauſa datum eſt, tanquam indebitum repeti non poſſe, non uno loco traditum eſt: *l. 2. C. de cond. ind. l. ſi non 6. C. de jur. & fact. ign. l. ſi tranſactionis, 11. C. de non num. pec.* quippe cum non minor ſit vis tranſactionis, quam rei judicatæ, *l. non minorem, 23. C. h. t.* quod autem ex cauſa judicati ſolutum eſt, jure condictionis non repetitur, *l. 1. C. de cond. ind. l. ſi fidejuſſor. 29. §. penult. ff. mand.*

2. Plane ſi per evidentem calumniam tranſactio ſit expreſſa, ſeu is qui ſciens nihil ſibi deberi, aliquid extorſit terrore litis, ut ab ea deſiſteret, tunc & tranſactio inſpecto exitu nulla eſt & repetitio datur, *d. l. in ſumma, §. 1. ff. de cond. ind. l. cum hi, 8. §. ſi cum lis, 20. ff. h. t.* quia non tam tranſactio, quam ſordida concuſſio facta intelligitur, *l. 1. §. pen. de calumn.* Duar. *c. 2. ad hunc tit.* Tulden. *ad Cod. hoc tit. num. 1.*

3. Sed & porro licet neque moveatur *lis*, neque metuatur, ſi tamen alia ratione res dubia & incerta ſit, tranſactio valet; velut ſi ſpes fideicommiſſi propter incertum conditionis modico præſente accepto remittatur, *l. 1. C. de pact. l. de fideicommiſſi, 11. C. h. t.* Idem eſt, ſi cui uſusfructus relictus ſit, aut ſalarium annuum homini honeſtioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit, *l. cum hi, 8. ſi in annos, 23. ff. h. t.* Quamobrem ſomnium mihi obrepſiſſe videtur D. Zœſio *ad h. t. n. 15.* neganti res dubias ex alia cauſa, quam propter litem, ponere tranſactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret tranſigere, quoniam neſcitur, quamdiu alimentarius victurus ſit. Sed alia ratio D. Marcum movit ne hic permitteret tranſactionem ſine auctoritate prætoris, *l. 8. pr. ff. h. t.* de quo poſtea uberius.

4. De re autem certa ſive de negotio, de quo nullum dubium eſt, nec lis, nec metus litis, tranſactio interpoſita nullius momenti eſt. Neque obſtat *l. ſi de certa re, 31. C. hoc t.* nam per rem certam, non quæ dubia non ſit, ſed non aliquam unam *μίαν αἰτίαν*, non *πρᾶγμα δίκην*, Imperatores eo loco intelligunt, & tranſactionem non niſi ad eam rem, de qua agitur, pertinere reſcribunt, etſi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum non ſit, *eo nomine*: quia nimirum id ſemper conſiderandum, quod actum eſt, *l. ſemper, 34. de reg. jur. l. qui cum, 9. in fin. ff. hoc t.*

5. Quoniam igitur nulla tranſactio eſt niſi rei litigioſæ aut dubiæ, conſequens eſt de re judicata tranſigi non poſſe; utpote quæ finem controverſiæ inter partes facit, litemque dirimit, *l. eleganter, 23. §. 1. ff. de cond. ind. l. ſi cauſa, 32. C. h. t.* junct. *l. 1. de re jud.* Non eſt contrarium, quod imperatores in *d. l. ſi cauſa*, addunt; *ſi non Aquiliana ſtipulatione & acceptilatione ſubſecuta competentem tibi actionem permiſiſti.*

6. Poteſt enim ſtipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi cauſa fieri, & per eam jus liquidum remitti, *l. & uno, 18. §. 1. ff. de accept. §. 1. & 2. Inſt. quib. mod. toll. obl.* quod cum ſit, non tranſactio eſt, ſed pura liberalitas; non minus, quam ſi pacto res certa & indubitata remittatur, *l. 1. ff. h. t.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodeſt: acceptilatio etiam ipſo jure obligationem actionemque tollit. Quis vero eſt, qui non riſu dignum judicet in hunc modum argumentantem: actio rei judicatæ per ſtipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi poteſt: Aquiliana ſtipulatio & acceptilatio in tranſactione locum habent, *l. 2. l. pacto, 15. h. t.* Ergo tranſigi poteſt ſuper re judicata. Quamobrem neſcio quid Donello in *d. l. ſi cauſa*, in mentem venerit, qui ſine ulla neceſſitate contra perpetuum Latini ſermonis uſum hæc reſcripti verba, *ſi non acceptila-*

tione

Digitized by Google

tione competentem tibi actionem peremiſti, non pro conditione accipienda eſſe contendit, ſed pro ratione ejus, quod conſulenti reſponſum fuit; quaſi ſcriptum eſſet, *quia non peremiſti*, & qui hoc probari potuit D. Perezio *ad hunc tit. C. n. 6.* Plana eſt reſcripti ſententia, nimirum poſt rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum reſtitutione ſuſpenſa ſit, tranſigenti ſalvam manere judicati actionem, niſi eam interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & ſecuta donationis cauſa acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti poteſt. Paul. 1. *ſent.* 1. §. *ult. Poſt rem judicatam pactum, niſi donationis cauſa interponatur, ſervari non oportet.* Et recte igitur etiam Græci ſub hoc tit. in Baſil. προγραφὲν εἰ μὴ ἀκυλιανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀποχῆς καὶ ἀμοιβαμείας ἐπακολουθησάσης τὴν ἁρμόζουσαν σοι ἀνεῖλες ἀγωγὴν, &c. eodemque modo reſcriptum iſtud explicant. Accurſ. Salic. Jaſ. & alii. Mynſ. 4. *obſ.* 47.

7. Cæterum ut tranſactio poſt rem judicatam interpoſita intelligatur nullas vires habere, neceſſe eſt, ut ſententia jure ſubſiſtat, *d. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de cond. ind.* nam ubi ſententia non valet, nec judicatum intelligitur, *l.* 4. §. *judicatum*, *ff. de re jud. l.* 4. *C. de ſent. & interloc.* veluti ſi ſententia non contineat abſolutionem aut condemnationem, *l.* 3. *C. d. tit.* ſi a non competente judice lata ſit, *l.* 6. §. *quid ſi*, 10. *ff. de injuſt. rupt. l.* 1. §. *ult. ff. ad Tertull.* ſi manifeſtum errorem contineat calculi, *lib.* 1. §. 2. *ff. quæ ſent. ſin. app. reſc.* ſi ſine certa quantitate prolata, *tit. C. de ſent. quæ ſin. cert. quant.* ſi pronuntiatum ſit cauſa non cognita, *l. ex ſtipulatione*, 7. *de ſent. & interloc.* unde exempli gratia in *d. l. ſi cauſa*, 32. *C. hoc tit.* exigitur, ut ſententia prolata ſit cauſa cognita. Denique ne ſingula commemorem (quod non eſt hujus loci) ipſo jure nulla eſt ſententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc tranſigi poſſit, quæ lata eſt contra leges conſtitutioneſve principum, *l.* 2. *C. quand. prov. non eſt nec*, *l.* 1. §. 2. *quæ ſent. ſin. arg. l. ſi expreſſim*, 19. *ff. de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem ſignificat, ut apud ſcriptores de limitibus; & *contra juris rigorem*, J. C. idem eſt quod contra tenorem & formam juris ſicut apud Quintillianum, *l.* 9. *c.* 3. *rigor orationis*, pro tenore perpetuo ſui ſimili.

8. Sed nec ſatis eſt ſententiam jure prolatam eſſe, niſi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, tranſierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam ſi a ſententia appellatum ſit, placet adhuc tranſactioni eſſe locum, *l. & poſt*, 7. *ff. l. ſi cauſa*, 32. *C. h. t. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de cond. ind.* & recte: nam per appellationem res eo deducitur, quaſi nec judicata ſit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur, *l.* 1. §. *ult. ff. ad SC. Tertull.* Et ſic hodie licet ſententia lata ſit a judice, a quo non provocatur, puta a Curia ſupremæ juriſdictionis ſive provocationis ultimæ, adhuc poſt reviſionem impetratam de ea ſententia recte tranſigitur; quia reviſio ſpeciem appellationis continet, Buſ. *ad d. l. poſt*, *ff. h. t.* Quinimo etſi nondum appellatum ſit, dummodo appellari adhuc poſſit, nihilominus tamen de judicato tranſigere licet, *d. l. & poſt*. Eo amplius, ſi vocetur in dubium, an judicatum ſit, an ſententia valeat, an provocari poſſit, necne, tranſactio adhuc fieri poteſt, *l. poſt rem*, 11. *ff. h. t. d. l. eleganter*, §. 1. *ff. de cond. ind.* Unde apparet omnino adhuc tranſigi poſſe poſt cauſæ concluſionem; quia etiam tunc adhuc eſt dubius litis eventus.

9. Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in perſona minorum efficiat reſtitutio in integrum, *l. præſes*, 42. *ff. de min. tit. C. ſi adv. rem jud.* ideo conſulto Impp. in *d. l. ſi cauſa*, 32. *C. h. t.* addunt, *vel integrum reſtitutionis ſolemnitate ſententia ſuſpenſa non eſt*. Nam reſtitutione in integrum impetrata, imo & poſtulata tantum, omnia integra ſervari & in ſuo ſtatu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quaſi dubia adhuc lis ſit; atque interim executio ſententiæ adverſus minorem latæ ſuſpenditur, haud ſecus ac ſi interpoſita eſſet appellatio, *l. un. C. in int. reſt. poſtul. ne quid nov.* junct. *d. l. præſes*, & *d. l. ſi cauſa*. Excipitur hic jure canonico, ſi cauſa reſtitutionis altiorem indaginem & inquiſitionem deſideret & æquum videatur ſententiam interim executioni mandari, *c. ſuſcitata x. h. t.* At enim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat tranſactio, quippe nec victori eodem jure permittatur ſententiam pro ſe latam exequi, niſi prius idonee caverit, ſe redditurum, quod vi ſententiæ perceperit, ſi in cauſa reſtitutionis obtinuerit adverſarius *d. c. ſuſcitata*, quod jus quia ſummam rationem habet, non modo uſu forenſi ubique nunc receptum eſt; verum etiam longius productum, propterea quod plerumque remorandæ executionis gratia reſtitutiones poſtulantur. Sande *lib. l. tit.* 8. *defin.* 4. Neoſtad. *deciſ.* 73. *ſuper cur. Holl.* Hynſ. 1. *obſ.* 48. & 6. *obſ.* 80. Ant. Fab. *C. ſuo fer. defin.* 1. *ad tit. de in int. reſt.* poſt Tulden. *ibid. n.* 2. & 3. Chriſtin. *vol.* 2. *det.* 137. Duar. *ad hunc tit. cap.* 2. Groenevv. *d. ll. abrog. ad l. tit. C.* & plures illic citati. Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de condit. ind.* quod reſcriptum eſt, poſt rem judicatam interpoſitam tranſactionem nullius eſſe momenti, id tunc locum habet, cum de ſententia indubitata, & quæ nullo remedio attentari queat, tranſigitur. Cum autem hodie ferre confuſa ſint pactionum & tranſactionum nomina, putant quidam non minus tranſactionem quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpoſitam nunc ratam eſſe. Autumnus *confer. du droict. ad*

l. 7.

l. 7. §. 1. *hoc tit.* Groenevv. *de ll. abrog. ibidem*.

10. De inſtrumentis guarantigiatis, quæ paratam habent executionem, idem hic ſtatuendum eſſe, quod de re judicata, cenſet cum Bartolo & Baldo Buſius in *l. poſt rem*, 7. *n.* 6. *h. t.* quia talia inſtrumenta inſtar rei judicatæ ſunt certa, niſi quid in iis illiquidum ſit, aut niſi ſuper formæ aut fidei defectu ſit quæſtio, *arg. l. ult. C. plus val. quod agit*, tantundem dicendum eſt, ſi res jurejurando deciſa fuerit, per *l.* 1. *& l.* 2. *ff. de jurejur.* item de confeſſione judiciali, quoniam & ea certa eſt; cum confeſſi in jure pro judicatis habeantur, & ſua quodammodo ſententia condemnentur, *l.* 1. *ff. de confeſſ.* niſi forte confeſſio per errorem facta ſit: quia non fatentur, qui errant, *l.* 2. *ff. eod. tit.*

11. Admittunt porro tranſactionem actiones omnes ſive in rem ſint, ſive in perſonam; nec tantum actio in rem ſpecialis, *l. ſi ſuper*, 9. *l. ſi profundo*, 33. *C. hoc t.* ſed etiam univerſalis, ſeu qua de univerſitate agitur, puta petitio hereditatis, *l.* 3. *pr. l. controverſia*, 14. *ff. l. ut reſponſum*, 15. *C. eod.* querela inofficioſi teſtamenti, *l. cum mota*, 6. *C. eod. l. ſi inſtituta*, 27. *ff. de inoff. teſt.* Item actiones præjudiciales, quibus de ſtatu & conditione perſonæ agitur (quæ ipſæ in rem eſſe videntur, §. *præjudiciales. Inſt. de action.*) *l. ult. C. hoc tit.* ubi tranſactio admittitur in cauſa liberali etiam contra libertatem. Sed nempe tranſactio illa non interponitur inter dominum & ſervum (quippe tranſactio inter dominum & ſervum conſiſtere nequit: quoniam quod in tranſactione requiritur, nihil ſervo, quod ejus proprium fiat, dari poteſt, *l. interpoſitas*, 13. *C. h. t.* junct. *l. acquiruntur*, 10. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.*) ſed inter dominum & eum, qui ſervum in libertatem aſſerebat, ut deſiſtat. Cæterum ex quo Juſtinianus aſſertiones ſuſtulit, *l.* 1. *C. de aſſert. toll.* ſervus ad libertatem proclamans juxta *d. l.* 1. cum domino tranſigere poſſe cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non poteſt, *l. ingenui*, 6. *C. de ingen. manum.* ſed ne amplius ei de libertate controverſia moveatur. Quare & ſi is qui ſe dominum dicebat, & tranſegit, vere dominus ſit, valebit tamen adverſus eum facta ſuper liberali cauſa tranſactio: & poteſt ſervus quæſita alicunde pecunia aliquid domino dare, *l. vix certis*, 53. *ff. de jud. l.* 4. *pr. ff. de manumiſſ.* §. 3. *Inſt. de noxal. action.* Ex contrario autem, ut ſervus maneat, tranſigi non poteſt, propter eandem rationem, *l. nec ſi volens*, 6. *C. de lib. cauſ.* neque in *d. l. ult. C. h. t.* poſt tranſactionem prohibetur nova in libertatem aſſertio, cum ea etiam poſt rem judicatam iterari potuit: ſed rata interim habetur tranſactio, id eſt, tamdiu vis tranſactionis durat, quamdiu incerta manet perſonæ ejus, cui controverſia ſtatus mota fuerat, conditio. At repertis forte poſtea novis inſtrumentis quibus nunc libertas probari facile poſſit, adhuc tamen jus in libertatem aſſerendi negare durum ſane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Juſtinianus in *d. l.* 1. *C. de aſſert. toll.* ſuſtulit licentiam proclamandi in libertatem: ſed difficultatem aſſertorum, & iterationem cognitionis; quippe bis terque repetere licebat, *d. l.* 1. quod & Cicero pro domo ſua ſignificat, cum ait, in ſola liberali cauſa rem judicatam referri licere: nempe ſi contra libertatem judicatum fuerat, non ſi pro libertate: nam ſententia ſemel pro libertate dicta retractari non potuit, *l. ſi dolo*, 24. *ff. de dol. mal.* Hotom. *ad d. l. ult. C. h. t.* Cujac. *par. C. de aſſert. toll.*

12. Quæſitum an ſuper cauſa matrimoniali tranſactio interpoſita rata haberi debeat, ſi forte parentes puellæ & juvenis controverſiam inde motam per tranſactionem voluerint amicabiliter componere. Et ſiquidem conſervandi matrimonii gratia tranſactio intervenerit, puta ut ſponſa maneat ſponſa, uxor maneat uxor, placet tranſactionem valere. Nam etſi antea ſponſa non fuit, tamen ex novo iſto conſenſu & tranſactionis placito ſponſa eſſe incipit: & ita ſæpiſſime matrimonia conciliari ſolent, patre puellæ majorem forte ſummam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera eſſe debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ, *c. gemma*, 29. *X. de ſponſal.* Attamen ſæpe fit, ut quis ſpe lucri ad matrimonium invitetur: textus eſt notabilis in *l. Titio centum*, 71. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Cæterum ſi tranſactio ad diſſolvendum matrimonium comparata ſit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ ſummam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam inſtituta deſiſtat, vel contra; talis tranſactio merito improbatur propter indiſſolubile vinculum matrimonii, *c. fin.* & ibi DD. *x. hoc tit. cap. an quod, &c. quos Deus*, 33. *quæſt.* 2. Schneid. *ad §. item ſi*, 11. *Inſt. de act. n.* 38. Alciat. *in l. ult. C. h. t. ſub fin.*

13. In actionibus quoque in perſonam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis geſtis, de adminiſtratione tutelæ, ſive de actionibus inde naſcentibus recte tranſigitur, *l.* 5. *cum aliquot ſeqq. C. hoc t.* Imo etſi ex maleficio naſcatur actio, licita tamen eſt tranſactio, cum civiliter agitur, *l.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l. interdum*, 56. §. 5. *de furt. l.* 13. *C. eod.* Licita eſt, inquam, de maleficio jam commiſſo: nam ſi nondum ſit commiſſum & quid detur aut promittatur, ne fiat, aliud juris eſt, *l. juriſgentium*, 7. §. 3. *l. ſi unus*, 27. §. 3. & 4. *ff. de pact.* Atque hic tranſactionis etiam nudo pacto interpoſitæ interdum ea vis eſt, ut per eam ipſo jure tollatur actio; ut actio furti & injuriarum: quia lex 12. tabb. his caſibus paciſci expreſſe permiſit, *l.* 7. §. 14. *l. ſi tibi*, 17. §. 1.

d. l. ſi unus, 27. §. 2. *verſ. ſed ſi*, *ff. de pact.* junct. *l. 6. eod.* inrerdum per exceptionem, ut ſi tranſactum ſit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam cauſam contingit, *d. l. ſi unus*, §. 4. *verſ. item ne*. Enimvero etſi actio nulla poſt tranſactionem ſupereſt; ſi ramen actio ex maleficio talis ſit ut damnatum ſequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo *l. 1. ff. de his qui notant. infam. Inſtit.* §. 2. *de pæn. tem. litig.*) reus, qui tranſigir prerio dato, liberatur quidem ab actore: cæterum notam non effugit infamiæ, *l. 4.* §. *ult. l. 5. l. 6.* §. 3. *dict. tit.* qui textus omnes de pacto tranſactionis cauſa facto loquuntur. Quod ſi quis gratis paciſcatur, aut pretio quidem, ſed prærore auctore, non notatur, *d. l. 6.* §. 3. & 4. Sed & ſi talis ſit actio, ex qua damnatum non ſequitur infamia, qualis eſt actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio deſcendens (nullum enim interdictum famoſum eſt, *l. neque*, 13. *ff. de vi, & de vi arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio ſeu dato aliquo paciſcitur, licet ſine prætore. Itaque manifeſte fallirur Pactus ad *l. tranſigere*, 18. *C. h. t.* putans de delicto privato gratis tanrum paciſci licere non data pecunia. Quod aurem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali tranſigunt, ſeu pretio daro paciſcunrur, infames fieri; id ſciendum eſt pertinere ad tranſactiones, quæ fiunt poſt in jus vocationem, ubi jam in jure apud prærorem res agitur, aut litem conteſtatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confeſſis habentur, *l. 5. ff. de his qui not. infam.* confeſſi autem pro judicatis, *l. 1. ff. de confeſſ.* Secus igitur erit, ſi tranſactio facta ſit judicio nondum inſtituto. Nam ſi ne vera quidem extrajudicialis confeſſio facir, ut reus habeatur pro judicato per *l. poſt rem*, 56. *ff. de re jud. l. un. C. de confeſſ.* multo minus id efficiet ficta: ſiquidem plus valere fictio non poteſt, quam veriras. At ficta tanrum eſt confeſſio, ſi quis pretio dato paciſcarur, *d. l. 5. de his qui not. inf.* quare qui de furto, injuria, rapina, dolo tranſigir antequam cauſa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta ſit, is in ea cauſa eſt, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui poſt acceptum judicium tranſigunt de his cauſis ex ſola pactione infames fieri: quoniam nec confeſſi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, ſed pro convictis potius, utpote qui poſt confeſſionem eriam ſententia judicis adhuc damnari debent, *l. 3. l. 5. l. ult. ff. de confeſſ.* ut hæc confeſſio non tam judicati, ſicut illa, quæ in jure apud prætorem fit, *d. l. 56. ff. de re jud. d. l. un. C. de confeſſ.* quam probationis vim habere debeat. Sed non eſt abſoluta inter hæc convenientia: nam tranſactio fit ſine judice, neç eam ſequitur condemnatio: confeſſio autem fit apud judicem, cujus officium eſt, ut de ea re, de qua cognovit, etiam ſententiam ferat, *l. de qua*, 74. *ff. de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in propoſito, puta de furto aut rapina confeſſus, per ſententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione ſecuta infamis fiat: ſed præcipue reſpicit intentionem & petitionem actoris, ur judex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipſa rei confeſſione ſatis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem a jure eſt, & dicto notantur furti &c. non ſolum damnati, ſed etiam pacti, *l. 1. l. 4.* §. *ult. & 2. ll. ſeqq. ff. de his qui not. infam.* §. *ex quibuſd. Inſt. de pæn. tem. litig.* Et alioqui non melior eſſet condirio reorum, qui actione famoſa ex contractu puta depoſiti, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famoſo delicto, contra expreſſa edicti verba, & *d.* §. *ex quibuſd.* Longior fui in re non ſatis explorata: quamquam mores hodierni nonnihil diverſi, vide Groenevv. *de ll. abrog. ad* §. *ex quibuſd. Inſt. de pæn. tem. litig.* De majoratu an tranſigi poſſit, vide Gomeſ. *ad l. Tauri* 40. *n.* 86.

CAPUT V.

De tranſactione facta ſuper his, quæ teſtamento relicta.

SUMMARIUM.

1. *De controverſiis ex teſtamento deſcendentibus tranſigi non poteſt, niſi inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, & quare.*
2. *Occurritur Cujacio & Ferreto, atque exponitur l. 1.* §. *1. teſtam. quem ap. adminiculante Græcorum auctoritate.*
3. *Declaratur, l. 12. ff. h. t.*
4. *Quid ſi tranſactio facta non adjecta clauſula,* cogniris verbis &c.
5. *Exponitur, l. Lucius, 78.* §. *ult. ff. ad SC. Trebell.*
6. *Quid juris, ſi quæſtio oriatur ex teſtamento nuncupativo.*
7. *Quid ſi tranſigentes inſpectioni tabularum renuntiaverint.*
8. *Quid juris, ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum.*
9. *An ſufficiat generalis renunciatio, ſaltem jurata:*
10. *An gratis paciſci liceat de hujuſmodi controverſiis non inſpecto teſtamento.*

1. DE controverſiis, quæ ex teſtamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriunrur, placet non aliter recte tranſigi, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti, *l. de his*, 6. *ff. h. t. l. 1.* §. 1. *ff. quemadm.*

teſt.

rent reperta. Valde autem jejunum eſt, quod ex Joanne objicit Accurſius, poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam: quaſi vero adhuc quæri non poſſet de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamenti utrum Falcidiæ locus &c.

6. Quid autem dicemus de teſtamento nuncupativo? & ſiquidem, ut hodie fieri ſolet, probationis cauſa teſtamentum per notarium in ſcripturam redactum ſit, idem omnino dicendum eſt, quod de teſtamento ſcripto: ſin minus, non aliter tranſigi utiliter poterit, niſi examinatis teſtibus & cognitis teſtificatis, aut certe niſi aliunde partibus conſtet de diſpoſitione teſtatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in *d. l. 6. n. 6.* & Caſtrenſi *ibid. n. 7.* aſſentior, ſic in univerſum definientibus ſatis eſſe ut tranſactio valeat, ſi de tenore teſtamenti tranſigentes edocti fuerint puta per notarium aut teſtes qui præſentes fuerunt, licet illud non inſpéxerint. Satis non apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l. 6. ff. hoc t. d. l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* hunc eſſe unicum inſpectionis finem, ut tenor diſpoſitionis non ignoretur.

7. Sed quid ſi tranſigentes inſpectioni teſtamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura eſt facta tabulis non inſpectis tranſactio? Negat id quidem Accurſius efficacem eſſe exiſtimans renunciationem, propterea quod unicuique permiſſum eſt renuntiare iis, quæ pro ſe introducta ſunt, *l. pen. C. de pact.* Sed magis eſt, ut adhuc tranſactio inutilis ſit, & renuntiatio inefficax. Ratio eſt, quia legi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus ſubſtantiam, renuntiare non licet, *l. 5. C. de pact. l. nec ex prætorio, 27. de reg. jur.* Accedit & altera quod tabularum inſpectio in eorum odium, qui teſtamenta occultant, introducta eſt, nec tam in favorem tranſigentium, quam ipſius teſtatoris; cui favori utique alius renuntiare non poteſt. Eademque plane hic ſubeſt ratio, quæ in filiofam. renuntiante SC. Macedoniano, quem ideo huic SC. fruſtra renuntiare interpretes noſtri recte tradunt, quia id factum eſt in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris reſpicit, *l. 1. ff. de SC. Maced.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 14. n. 5. & 6.* Itaque minime obſtat *l. pen. Cod. de pact.* quippe quæ loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii ſoli renuntianti & in ejus ſolius favorem conceſſi. Ita Bart. Bald. Salic. Caſtr. Angel. Jaſ. *in d. l. 6. ff. h. t.* ſed nos paulo explicatius.

8. Porro hoc poſito, de controverſiis ex teſtamento emergentibus non licere tranſigere, niſi inſpectis teſtamenti verbis, neque id jus labefactari ſimplici inſpectionis renunciatione, quæſitum adhuc eſt ulterius, quid nempe juris ſit, ſi huic renuntiationi acceſſerit jusjurandum. Dicendum eſt non eo magis tranſactionem valere: quoniam nulli actus jure noſtro civili vetiti aut invalidi robur a jurejurando accipiunt, *l. 5. Cod. de legib.* Cæterum ſi de jure canonico quæratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus ſimpliciter prohibiti atque invalidi ſunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum fovent nutriuntque, ſuper quibus jurare & ipſum peccatum eſt, & gravius adhuc peccatum, quod juraveris, ſervare. At enim cauſa, ob quam tranſactio de rebus teſtamento relictis tabulis non ſuſpectis facta improbatur, tota eſt juris mere poſitivi: neque enim qui citra illam inſpectionem tranſigit, eamque tranſactionem ratam habere mavult, quam infringere, poteſt dici peccare, aut quid quod natura turpe iniquumque ſit, facere, ſive inſpectioni renuntiaverit, ſive non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia ſponte præſtita ſine exceptione ſervanda ſunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in diſpendium æternæ ſalutis, *C. inter cætera, cauſa, 22. q. 3. C. cum contingat, x. de jurejur. C. quamvis, de pact. in 6.* & ibi Covar. *p. 2. §. 4. num. 5.* atque hæc communis quoque eſt interpp. ſententia, Borcholt. *tract. de tranſact. c. 3. n. 21. & ſeq.* Sande *lib. 4. tit. 5. defin. 15.* qui plures allegant.

9. Cæterum non ſufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii, aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum eſt ex teſtamento vel ab inteſtato, aut mentionem eſſe factam alicujus teſtamenti in genere, ſed ut juranti obſtet, deſideratur renunciatio ſpecifica inſpectionis ejus teſtamenti, ex quo jus illud dependebat, Bart. & Jaſ. *in l. qui Romæ, 122. §. ult. ff. de verb. oblig.* Rol. a Valle *vol. 1. conſ. 13. n. 27. & ſeqq.* Tiraquel. *in præfat. l. ſi unquam, C. de rev. don. n. 161.* Cacheran. *deciſ. 112. n. 10. & ſeqq.* Et hinc illa pragmaticorum cautela, ut is, qui cum aliquo tranſigere cupit de re teſtamento relicta, inſtrumento tranſactionis curet inſeri, *viſo perſp. Eloque teſtamento.* Bart. Caſtr. *in l. 6. ff. hoc t.* Sichard. *in l. ſub prætextu, 19. n. 7.* Leonin. *conſ. 32. n. 13.* Gail. *2. obſ. 139. n. 10.* Sande ubi ſupra. Igitur ut concludamus, irrita eſt tranſactio de controverſiis ex teſtamento deſcendentibus facta ſine tabularum inſpectione, licet huic inſpectioni renunciatum fuerit, niſi jurejurando firmata ſit renunciatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex diſpoſitione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenientes omnes jusjurandum, non impium nec iniquum aut turpe ſine exceptione ſervari jubetur.

10. Cæterum cum Cajus utroque illo loco, nempe & in *l. ff. h. t.* & in *l. 1. §. 1. ff. teſt. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de tranſactione, dubitari adhuc potuit de pactione gratuita an non ſaltem donationis cauſa liceat de controverſiis ex teſtamento dependentibus ante inſpectionem tabularum paciſci, litemque gratis remittere. Accurſius putavit non

Vinn. Tract. Varii. I magis

magis licere verbis teſtamenti non inſpectis de hujuſmodi controverſiis gratis paciſci, quam accepto aliquo tranſigere; cujus ſententiam ſecuti ſunt Bart. Bald. & Angel. *in d. l. 6.* Contra vero Albericus, de Roſate, Guilielmus de Cumo, Caſtr. & Jaſ. paciſci de his gratis licere, quamvis tranſigere non liceat & noſtro quidem judicio rectius. Nam quod Accurſius, eumque ſecuti pro vero ſupponunt eandem hic eſſe pacti gratuita & tranſactionis rationem, falſum eſt & *πάνυ ψεῦδος*. 1. Longa enim inter pactum & tranſactionem in caſu propoſito differentia eſt: quippe qui tranſigit, accepto forte minimo pro magna ſumma, decipitur, cum utique velit habere, quod ſibi teſtamento relictum eſt; at is, qui ultro totum remittit, non decipitur, & poteſt quilibet jus ſibi delatum repudiare. Fruſtra vero pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l.* 3. §. 1. *l.* 9. §. *ult. ff. h. t. l. tres fratres*, 35. *ff. de pact.* ſi quidem omnibus iſtis locis aperte agitur de tranſactione ſeu pacto decidendi cauſa interpoſito. Sed ponamus ita ſit in caſibus illic propoſitis pacti & tranſactionis eadem ratio: quid tum poſtea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio ſit inutilis. Ac tametſi verum eſt, quod Paulus *l.* 1. *ſent. tit.* 1. ſcribit, de his rebus paciſci poſſe, de quibus tranſigere licet; ex contrario tamen, de quibus rebus tranſigere non licet, aliquando paciſci poſſumus: verbi cauſa de re judicata aut jurejurando deciſa tranſigere non licet, paciſci tamen donationis cauſa poſſumus. Quapropter cum textus illi ante memorati *l. 6. ff. h. t. l.* 1. §. *teſt. quam. aper.* ſolummodo tranſactionem prohibentes, contineant aliquid ſingulare & tranſactionis proprium, temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAPUT VI.

An & quatenus de alimentis tranſigere liceat ad *l. cum hi*, 8. *ff. h. t.*

SUMMARIUM.

1. *De alimentis præteritis tranſigere licet, non de futuris, & quæ ſit ratio differentiæ.*
2. *Orationes Principum cur etiam ſenatuſconſulta appellantur.*
3. *Ratio juris tranſactionem de alimentis prohibentis.*
4. *Prætor pro tribunali de tranſactione alimentorum cognoſcere debet.*
5. *Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ, ſed ſpecialis conceſſionis.*
6. *Alimentorum appellatione quid contineatur.*
7. *Quid verbo victus.*
8. *Tranſactione de alimentis facta non continetur veſtitus & habitatio, & quam rationem non habeat.*
9. *Non ſemper quod in annos ſingulos relinquitur, alimentorum cauſa relictum intelligitur.*
10. *Quid ſi alimenta relicta ſint homini locupleti.*
11. *Quicquid ſit, quod alimentorum gratia relictum eſt, ad orationem pertinet.*
12. *Eundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſufructus debeatur.*
13. *Oratio tantum ad alimenta ſuprema voluntate relicta pertinet, non ad ea, quæ ex conventione debentur; cum ratione diverſi juris.*
14. *An etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata? ubi & inſignis error Borcholti notatur.*
15. *Declaratur obſcurus locus Marciani* in l. 21. §. 1. ex l. præſt. cont. tab.
16. *Quæ a prætore in tranſactione alimentorum examinanda.*
17. *Quid juris, ſi alimentarius ſine prætore tranſigens tranſactionem firmet jurejurando.*
18. *Enodatio §. eam tranſactionem*, l. 8. h. t.
19. *Caſus, quo procedit tranſactio citra prætoris auctoritatem.* Item alius, n. 20.
20. *An gratis citra prætorem de alimentis paciſci liceat.*

TRACTATUR hæc quæſtio ab Ulpiano in *l. cum hi*, 8. *ff. h. t.* & quidem ſatis copioſe, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere poteſt controverſiæ, ejus deciſionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario excutiemus, & ſic ubi opus erit, etiam apertius declarabitur.

1. Igitur cum quæritur, an tranſactio de alimentis valeat, ante omnia diſtinguendum eſt inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis tranſigi etiam inconſulto prætore poteſt: de futuris autem alimentis tranſigere non licet niſi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præſidis, *l. de alimentis*, 8. *C. h. t.* Ratio differentiæ eſt, quia ex præteritorum tranſactione nullum alimentario periculum eſt, ſicut ex futurorum: nam per tranſactionem de futuris intercipi alimenta & relinquentis conſilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis ſit tranſactio, jam cauſa illa metuendi ne alimenta intercipiantur, ſublata eſt. Imo præterita alimenta proprie non ſunt alimenta; ſed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod teſtator ea deſtinaverat: & ideo in oratione Divi Marci non additur *de futuris*, *d. l. cum hi*. *ff. h. t.* & in *d. l. de alimentis*, *C. eod.* quæ orationem interpretatur, præterita alimenta dicuntur annorum præteritorum, futura inſequentium.

2. Jus hoc primum introductum eſt oratione Divi Marci, teſte Ulpiano in *d. l. cum hi*, *ff. h. t.*
At

Digitized by Google

At idem tamen Ulpianus hoc tribuit ſenatuſconſulto *l. eleganter*, 23. §. 2. *ff. de cond. indeb.* nimirum quia, uti moris erat, in ſententiam orationis Divi Marci poſtea etiam ſenatuſconſultum conceptum & factum eſt. Solebant enim olim Principes orationes in ſenatu habere, aut ſcriptas ad ſenatum mittere, in quarum ſententiam poſtea ſenatuſconſulta concipiebantur, *l. oratione*, 16. *ff. de rit. nupt.* Tacitus *lib.* 11. *Annal. Orationem Principis ſecuto patrum conſulto primi Hedui ſenatorum in urbe jus adepti ſunt.* Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, *l. ſi & rem*, 22. *ff. de her. petit.* ſenatuſconſultum paſſim appellatur, *l. item veniunt*, §. *præterea*. 6. *& ſeqq. eod.* & quod orationem Imperatoris Severi cautum dicitur ne tutoris prædia ruſtica vel ſuburbana diſtrahant, *l.* 1. *ff. de reb. eor. qui ſub tut.* alibi adſcribitur ſenatuſconſulto, *l. non fit*, 12. *ff. d. t.*

3. Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d. l. cum hi*, nimirum ne homines tenues & exiguæ fortunæ, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia præſente contenti, facile tranſigant. Cui accedit & ſingularis hujuſmodi diſpoſitionis favor, ne pia teſtatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiæ ſuccurrere volentium eludatur, & alimentarius contra quam proſpexerit teſtatur, poſtea egeat. Etenim dubium non eſt, quin fiat contra voluntatem teſtatoris, ſi alimenta tranſigendo intercipiantur, qui ideo ea in annos ſingulos aut in ſingulos menſes diſtribuit, ut eſſet legatario, quod quotannis, aut quod menſibus ad ſupremam uſque ſenectutem ſuppeteret. Voluit itaque optimus & prudentiſſimus princeps auctoritatem magiſtratus hic intervenire. Cæterum prior illa ratio ducta a tenuitate alimentarii tantum eſt προκαταρκτικὴ impulſiva ſeu irritatrix; & ideo ceſſante ea non protinus ceſſat vis orationis: nam ut eſt in *d. l. cum hi*, §. *nihil autem*, 7. etiamſi hi quibus alimenta relicta ſunt, ſatis ſint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimæ voluntatis; tum & hoc fortaſſis conſideratum, poſſe fieri, ut quis bona ſua amittat & facultatibus exuatur, atque id etiam ſpectaſſe teſtatorem. An cauſa alimentorum inter cauſas pias numeranda ſit, vid. Chriſtin. *vol.* 1. *dec.* 160. Committitur hæc res prætori, *d. l. cum hi*, *pr.* §. 1. *& paſſim*, nempe in urbe: nam in provinciis ad proconſules & præſides ea cognitio pertinet, *d. l. cum hi*, §. *ſed nec*, 18. *de alimentis*, *C. eod.* interdum ad procuratorem Cæſaris in provinciis, aut præfectum ærarii in urbe res iſta ſpectat, nimirum ſi a fiſco alimenta debeantur, *d. l. cum hi*, §. *tr. rſactiones*, 19. Nam & alias de lite inter fiſcum & privatum procuratoris Cæſaris eſt cognitio, *l.* 1. *C. de jur.* Quod ſi citra auctoritatem prætoris tranſactio interpoſita fuerit, inutilis & nullius momenti erit, paſſim *d. l. cum hi*.

4. Debet autem prætor rem cognoſcere; adeſſe aut intereſſe negotio, aut tranſactionem citra cauſæ cognitionem probare non ſufficit, §. *ſi prætor*, 17. *ad. l. cum hi*, cui loco fruſtra objicitur, quod rei etiam inique judicatæ auctoritati ſtandum eſt, *l. ſervo* 65. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de juſt. & jur.* Nam id demum verum eſt, ſi cauſæ cognitio præceſſerit, *l. ex. ſtipulatione*, 7. *C. de ſent. & interloc.* ut recte Gloſſa, licet a Caſtrenſi improbata & tunc idem locum haberet etiam in caſu noſtro. Sed nec in *dd. ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, ut hic fit, ubi hæc forma tranſactioni præſcribitur, ut fiat auctore prætore, adhibita cauſæ cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & tranſactionem probare prætorem oportet, non ex plano: quæcunque enim cauſæ cognitionem & decretum deſiderant, per libellum expediri non poſſunt, *l. nec quicquam*, 9. §. 1. *ff. de offic. proconſ.* & ideo ſi de plano tranſactionem permiſerit prætor, non eo magis rata erit tranſactio, *per l. minorum*, *Cod. de præd. minor. l. a procedente*, *Cod. de dilat.*

5. Cognitio hæc non eſt juriſdictionis ordinariæ ſeu proprie ſic dictæ & genuinæ, ſed extraordinariæ & adventitiæ, atque ex eorum genere, quæ magiſtratui competunt non jure ſui magiſtratus, aut vi juriſdictionis ſuæ, ſed ex ſpeciali conceſſione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac cauſa prætor Juriſdictionem ſuam poteſt, ſed ipſe cauſam cognoſcere debet, *d. l. cum hi*, §. *ſed nec*, 18. junct. *l.* 1. *pr. ff. de off. ejus cui mand. juriſd.* de quo nos magis ſerio in *tract. de juriſd. c.* 8.

6. Alimentis legatis reſponſum eſt cibaria, & veſtitum & habitationem deberi, quia ſine his ali corpus non poteſt: cætera autem: quæ ad diſciplinam pertinent, non contineri, niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe probetur, *l.* 6. *& l. ſeq. l. ult. ff. de alim. leg.* Itaque generali alimentorum appellatione continentur non ſolum diaria, ἡ τροφὴ ſed etiam veſtiaria & habitatio, ἡ ἐσθὴς καὶ οἴκησις. Diariorum vero vel cibariorum appellatio anguſtior eſt, his enim legatis, neque habitatio, neque veſtiarium debetur, ſed cibus tantum, ſeu eſculenta duntaxat & potulenta, τὰ σιτία *ſpiis en drank*. Et ſic nos ſermone vernaculo diſtinguimus inter *onderhoud en koſt*, quorum illud alimentis, hoc cibariis reſpondet. Grot. *lib.* 2. *introd. ad juriſp. Bat.* 22. ubi male in margine nomen *victus* poſitum ad declarandum.

7. Belgicum *koſt*: nam verbo *victus* continentur non ſolum quæ eſui potuique ſunt deſtinata, ſed etiam veſtimenta, & cætera, quæ ad vivendum homini neceſſaria ſunt, *l. verbo victus*, 43. *cum* 2. *ll. ſeqq. l. quos nos*, 234. §. 1. *ff. de verb. ſignif.* ac proinde & habitatio, *huis veſtinge*: ſiquidem nihil plane intereſt, victus, an alimenta legata ſint, *l. ultim. ff. de alim. legat.* Atque

eadem fortaſſe res cauſam errandi dedit Groenevvegio *tract. de ll. abrog. ad l. 6. cod. tit.* dum Latinum *victus* explicar per Belgicum *koſt*, eoque negat habitationem contineri: quaſi nomine Belgico *koſt* etiam veſtimenta continerentur, contra quam Grot. *d. loc.* & Latino verbo *victus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifeſtum eſt. Nec quicquam juvat Groenevvegii explicationem, quod in *d. l. verbo victus*, 43. *& ſeqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum illic agatur de victu exhibendo debitoribus, quos creditor judicatos ſibi & addictos, donec ſolverent, quod in condemnationem deductum erat, domi ſuæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, niſi de ſuo vivere mallent, creditor alimenta victumque præbere cogebatur, ut a doctis viris pridem obſervatum eſt.

8. Cæterum hoc jam poſito, alimentorum appellatione & cibaria & veſtitum & habitationem contineri, qui fit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *dict. l. cum hi*, §. *qui tranſigit*, 12. negat eum, qui de alimentis tranſigit, de habitatione aut veſtiario tranſegiſſe videri. Reſpondeo eum, qui ſimpliciter de alimentis tranſigit, intelligi de alimentis in ſpecie & maxime proprie dictis, id eſt, de cibariis, quibus proprie corpus noſtrum alitur & ſuſtentatur, deperditumque reſtauratur, non de veſtiario aut habitatione tranſegiſſe; tum propter favorem alimentarii, quam ob cauſam Divus Marcus ſpecialiter de ſingulis iſtis tranſigere voluit, *dict.* §. *qui tranſigit*, tum propter ſtrictam tranſactionis naturam. In teſtamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur, *leg. in teſtamentis*, 12. *ff. de reg. jur. leg. plenum*, 14. §. 2. *ff. de uſu & hab.* Enim vero ſi de univerſis alimentis prætore auctore tranſactum proponatur, dicendum eſt non cibaria tantum, ſed etiam habitationem, veſtimenta, calceamenta, & cætera, quibus tegendi curandive corporis noſtri gratia utimur, ea tranſactione contineri *dict. leg. cum hi*, §. *arbitratu*, 16. Poteſt autem quis & de re una aliqua tranſigere, veluti habitatione, de veſtiario aut calciario, arbitrio tamen prætoris, §. *ſed & ſi*, 13. *& ſeq. dict. leg. cum hi*, ſicut & de parte alimentorum, *dict. leg.* §. *arbitratu*, nec obſtat, quod legatum pro parte repudiari non poteſt, *leg.* 4. *ff. de legat.* 2. nam qui de parte tranſigit, non repudiat eam, ſed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque intereſt, an relicta ſint alimenta in ſingulos annos, an in menſes ſingulos ſive dies; perpetuo, an uſque ad certos annos, *dict. leg. cum hi*, §. *ſive igitur*, 3.

9. Plane non protinus quod in ſingulos annos alicui relictum eſt, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam ſi homini honeſtioris loci certa quantitas in annos ſingulos relicta ſit, puta ſalarium annuum, vel uſusfructus, honoris potius, quem alimentorum cauſa id relictum intelligi debet; & ideo hoc caſu tranſactio etiam ſine prætore facta valebit: niſi forte ex circumſtantiis appareat teſtatorem de alimentis ſenſiſſe, verbi cauſa, ſi modicum quid annuum, aut modicus uſusfructus relictus ſit, & præſertim homini tenuiori: nam & minuta plerumque ſunt, quæ alimentorum cauſa relinquuntur, & tenuioribus ἐπὶ τὸ πλεῖστον alimenta relinqui ſolent. Hæc vera eſt Ulpiani in *dict. l. cum hi*, §. 23. ſententia. Ac proinde male ex hoc loco.

10. Coſtalius & Baſius colligunt, hominem honeſtioris loci de alimentis ſibi relictis etiam inconſulto prætore tranſigere poſſe; omniaque privilegia, quæ alimentorum cauſæ tributa ſunt, ceſſare, ſi alimenta relicta ſint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum cauſa relinquitur, nihil intereſſe locupleti id, an pauperi relictum ſit manifeſte liquet ex §. *nihil autem*, 7. *d. l. cum hi*. Ubi vero ſimpliciter aliquid in annos ſingulos relictum eſt, tunc adhibenda ſuperior illa diſtinctio: & ita Paul. de Caſtr.

11. Quicquid autem alimentorum gratia relictum eſſe apparet, ad orationem pertinet. Unde etiam ſi integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex uſuris ejus ſe alat, & mortis tempore ſortem reſtituat, non ceſſabit oratio, licet non in annos ſingulos id relictum videatur, §. *ſi integra*, 4. *d. l. cum hi*. Neque intereſt, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta ſint relicta. *d. l. cum hi*, §. *ſi cui*, 24. In ſumma, etiamſi lis ſit & dubitetur an alimenta debeantur, tamen de lite tranſigere inconſulto prætore non licet, ne circumveniatur oratio, *d. l. ſi cui*, §. *ſi cum* 20.

12. Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, abſque prætore fieri poteſt: veluti ſi agatur de fundo ad alimenta relicto diſtrahendo, vel de obligato in cauſam alimentorum liberando; nam neque legatus alienari, neque obligatus ſolvi ſine decreti interpoſitione poteſt, §. *ſi uni*, 15. *d. l. cum hi*. Exoritur hoc loco quæſtio, fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſusfructus debeatur. Accurſius ait proprietatem quidem legatam videri, ſed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hactenus, ut ſi quid ſuperfluum inveniatur in reditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam ſibi habeat legatarius. Albericus Bartol. Bald. Caſtrenſ. Jaſon contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii tranſire; quibus aſſentior. Nam & Modeſtinus in *leg.* 4. *ff. de alim. legat.* diſerte ait ipſum prædium in propoſito legatum videri, ut pleno dominio illud legatarius habeat, non per ſolum uſumfructum, eoque poſt diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus tranſmitti; & idem Ulpia-

nus

Digitized by Google

nus quoque non obſcure indicat in *d. l. cum hi*, §. *ſi uni*, 15. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati diſtractione & tranſactione arbitrari debere? niſi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus diſtractio fieri poſſet. Itaque licet facta ſit alimentorum mentio, quæ morte finiri ſolent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem legatarii fundus ita relictus tranſmittetur, & conſulto prætore etiam alienari poterit: quippe illa verba *ad alimenta*, magis ad cauſam legandi pertinent, quam ad uſumfructum conſtituendum, *l. pen. in fin. ff. de alim. legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13. Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ teſtamento aut quæ alia ſuprema voluntate defuncti relicta ſunt: non ad ea, quæ ex conventione mortis cauſa debentur: nam de his etiam ſine decreto tranſigi poteſt, *d. l. cum hi*, §. *hæc oratio*, 2. Differentiæ ratio petenda a favore propoſiti & enixæ voluntatis defuncti alimentario conſultum cupientis; quam voluntatem ideo & ſenatus ſubſecutus eſt. In conventionibus vero non eadem eſt contrahentium providentia: ſed promiſſor fere ſibi potius conſulit, quam alimentario, diviſis ſcilicet penſionibus. Qua ratione etiam fit, ut alimentorum legatum ſit multiplex, ſtipulatio una: ut legatum morte finiatur, ſtipulatio non item: quod tamen fieret, ſi creditori proſpiciendi cauſa contraheretur ſtipulatio, *l. 4. l. 8. l. cum in annos*, 11. *ff. de ann. leg. ſi l. Stichum*, 16. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Sed & obligatio ex conſenſu contrahentium orta, eorundem diſſenſu rectiſſime diſſolvitur, *l. nihil tam naturale*, 35. *de regul. jur.* add. Moller. *lib. 5. ſemeſt. diſſ.* 42. Don. *ad l. 8. C. h. t. n.* 8. Sive autem ultima voluntate teſtati, ſive extra teſtamentum ultima voluntate inteſtati alimenta relicta ſunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommiſſum relicta ſint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis cauſa donata aut ab eo relicta, cui mortis cauſa donatum eſt, *d. §. hæc oratio*, nam & mortis cauſa donationes & capiones legatorum inſtar obtinent: & is, cui mortis cauſa donatum eſt, quaſi legatarius fideicommiſſo onerari poteſt, *l. ab eo*, 9. *C. de fideicomm.*

15. Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis cauſa ab inteſtato donata dubitari poſſe ait Borcholtus *tr. de tranſact. C. cap. 3. n.* 35. Ratio dubitandi, quia duplex ſit, inquit, mortis cauſa donatio, una, quæ teſtamento relinquitur; altera, quæ fit ab inteſtato, *l. tam. is*, 25. *ff. de mort. cauſ. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera, *l. ſi filius*, 21. §. 1. *de leg. præſt. cont. tab.* Attamen, inquit, dicendum eſt etiam ad alimenta, quæ mortis cauſa donata ſunt ab inteſtato, orationem pertinere; quoniam JCtus non diſtinguit, utrum mortis cauſa teſtamento relicta, an ab inteſtato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit donationem mortis cauſa poſſe teſtamento relinqui, aut ab inteſtato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit a Doctore ſuo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib. 3. obſerv.* 17. quod a D. Severo conſtitutum dicitur, *l. 5. Cod. ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis cauſa donationibus habeatur, reſtringit ad caſum facti teſtamenti: non autem quo donatio hujuſmodi teſtamento relicta. Longe enim aliud eſt in teſtamento aliquid dare, aliud facto teſtamento; cum id fieri poſſit etiam extra teſtamentum, & ita capе *dict. leg.* 25. *de mort. cauſ. don.* Sic codicilli teſtamento facto recte fieri dicuntur, *leg. 8. leg. ab inteſtato*, 16. *ff. de jur. codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipſo teſtamento fieri poſſe: quod non abſurdum tantum, ſed etiam contradictione implicatum eſt. Et quæſo quid aliud ſunt donationes teſtamento relictæ, quam ipſa legata, *leg. legatum*, 36. *de legat.* 2. §. 1. *Inſtit. eodem.* Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis cauſa donationum & legatorum loquuntur, *leg. Marcellus*, 15. *leg. & ſi debitor*, 17. *leg. illud ff. de mort. ca. donat. leg. ultim. Cod. eodem* §. 1. *Inſtit. de donat.* diſtinguunt, utrum teſtamento facto mortis cauſa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis cauſa cum teſtamento, quid refert teſtamento condito facta ſit, an ab inteſtato? Agnovit hoc quoque poſtea Cujacius, & mutata in melius ſententia etiam in donationibus mortis cauſa ab inteſtato factis Falcidiam admiſit, *lib. 20. obſerv. 6.*

15. Quod autem Marcianus in *leg. ſi filius*, 21. §. 1 *de legat. præſt. cont. tab.* ait, ſi pater inteſtatus deceſſerit, ſuper donationibus mortis cauſa factis filium emancipatum quæri non poſſe, quoniam eo caſu nulla occurrat donationis mortis cauſa cum legatis comparatio, in eo Juriſconſultus reſpicit ad edictum de legatis præſtandis contra tabulas bonorum poſſeſſione petita, quæ in eum ſolummodo caſum propoſita fuit, ubi teſtamentum factum eſt, & per contra tabulas bonorum poſſeſſionem everſum. Nam id edictum non abſurde ad donationes mortis cauſa produci, ubi teſtamentum conditum eſt, potuit. *dict. leg.* 21. *pr. eodem titul.* an non æque in caſu inteſtati petita bonorum poſſeſſione unde liberi: quo caſu ſi donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium ſupereſt, quam querela inofficioſæ donationis, *titul. Cod. de inoffic. donat.* Sed hæc ἐν παρόδῳ.

16. Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda ſit tranſactio, nec ne. In primis autem quærendum eſt de cauſa tranſactionis; nam neminem ſine cauſa tranſigere volentem audiet prætor, *d. l. cum hi*, 8. §. 8. *& ſeq.* ubi & quid requiri

in cauſis tranſigendi ſoleat, docetur. Deinde inquirendum de modo tranſigendi, & tranſactionis quantitas pro ætate & valetudine tranſigentis arbitranda, *d. l. cum hi*, §. *vult*, 8. & §. *modus*, in cujus §. fine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipſum obtinet, cum quid annuum aut in annos ſingulos relictum eſt citra contemplationem alimentorum, *l. 4. l. 8. ff. de ann. leg. l. ſi Stichum*, 16. *de verb. oblig.* ſed tunc ceſſat oratio, §. *ſi in annos*, 23. *d. l. cum hi*, Poſtremo & perſonæ tranſigentium conſiderandæ, *d.* §. *vult*, 8. & in perſona alimentarii ſpectandum ſit ne vitæ frugi, & qui alias ſibi ſufficere poſſit; an ſequioris, qui de alimentis dependeat. In perſona ejus, a quo alimenta relicta ſunt, cujus ſit propoſiti & exiſtimatione, quæ ejus facultates, §. *ſed &* 11. *d. l. cum hi*. Ad perſonas quoque referri poteſt, quod nec plurium alimentariorum inter ſe facta tranſactio ſine prætoris auctoritate rata ſit, qui caſus eſt §. *ſi uni*, 15. *d. l. cum hi*. Ratio eſt, quia in præjudicium alterius vergere tranſactio poteſt. Eodem quoque refero ſpeciem §. *ſed & ſi* 5. *d. l. cum hi*, ubi dicitur orationis locum non eſſe legatario aut fideicommiſſario a quibus alimenta relicta ſunt, tranſigentibus, nimirum etſi non licet alimentario ſine prætore tranſigere cum eo, a quo alimenta relicta ſunt, ſive is heres ſit, ſive legatarius aut fideicommiſſarius; nihil tamen impedimento eſt, quo minus legatarius aut fideicommiſſarius cum herede de re aut quantitate ſibi relicta tranſigant; cum horum tranſactione jus alimentarii non minuatur, *d.* §. *ſed & ſi*, ubi pro *ad hoc* quidam codices habent *ab hoc*, ut Accurſius notat, & rectius cenſet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommiſſum agitur.

17. Quæri & hic poteſt, & ſolet idem, quod in tranſactione de controverſiis ex teſtamento ortis facta cum renuntiatione inſpectionis tabularum, eaque jurata, ut cap. præced. quid ſcilicet juris ſit, ſi alimentarius ſine prætore quidem tranſegerit, ſed tranſactionem firmaverit juramento, an non ſaltem jurata tranſactio de alimentis valere & rata atque efficax eſſe debeat, quamvis inconſulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, reſpondendum eſt ſi de jure civili quæratur, nullos in univerſum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento, *l. 5. Cod. de leg.* Juris vero Canonici alia ratio eſt, quippe ſecundum quod jusjurandum omne validum eſt, quod ſine diſpendio ſalutis ſervari poteſt. *C. quamvis, de pact. num. 6.* Jam vero apertiſſimum eſt ob civilem duntaxat rationem tranſactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuiſſet iſta prohibitio, & ſemper ſolennitas iſta obtinuiſſet, quæ tamen primum actorem habet D. Marcnm. Quod ſi naturalem aut moralem haberet prohibitiontm, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur, *cap. non eſt oblig. de reg. jur. in 6. vid.* Covar. *in d. cap. quamvis, p. 2.* §. *6. num. 12.* Fachin. *3. contr. 21.* Subjungamus nunc aliquot exceptiones ſive caſus quibus tranſactio cum alimentario facta etiam citra prætoris auctoritatem rata habetur. Caſum unum habemus in §. *cum tranſactionem*, *6. d. l. cum hi*, nempe ſi alimentarius tranſigendo conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim D. Marco propoſitum fuit alimentario prodeſſe, non officere, aut commodis ejus obſtare.

18. Cæterum quod in *pr. d.* §. *tranſactionem*, dicitur oratione improbari eam tranſactionem, quæ ideo fit, ut quis repræſentatam pecuniam conſumat, ei obſtare videtur, quod mox ſubjicitur, poſſe & inconſulto prætore tranſigi, ut quod per ſingulos annos alimentatio relictum eſt, conſequatur per ſingulos menſes; aut quod per ſingulos menſes relictum, conſequatur per ſingulos dies. Non enim perpetuum aut abſolute verum eſt, quod Ulpianus ait, tali tranſactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim poteſt, ut alimentarius pecunia repræſentata ſtatim conſumpta reliquum tempus egeat. Dicerem potius D. Marcum eas ſolummodo tranſactiones prohibuiſſe videri, per quas alimenta intercipiuntur. In caſu autem propoſito, etſi unius anni aut menſis alimenta repræſentata citius conſumpta ſint, ſequentium tamen annorum & menſium ſalva manent: & fieri ex contrario quoque poteſt, ut egeat alimentarius: ſi finito demum annuo alimenta conſequatur. Et hanc etiam ipſius Ulpiani ſententiam fuiſſe arguit ratio, quam reddit in fine ejuſdem loci.

19. Caſum alium, quo tranſactio rata eſt etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d. l. cum hi*, §. *ult.* nempe ſi ad habitationem relicta ſit certa quantitas annua, & ſine arbitrio prætoris ita tranſactum ſit, ut præſtetur habitatio. Ratio eſt, quia in hac ſpecie ſatisfit voluntati teſtatoris. Illud enim curandum non eſt, quod ruinæ aut incendio ſubjecta eſt habitatio & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconſulte, ſed fato contingit, *l. verum*, 11. §. *item non*, 4. *ff. de minor*, *l. 2.* §. *ſi magiſtratus*. 11. *ff. de magiſtr. conven.* Ex contrario quoque ſi pro habitatione, quæ relicta erat, convenerit, ut certa quantitas præſtaretur, valet tranſactio & citra prætorem, *d. l. cum hi*, §. *ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujuſmodi tranſactionem non receditur a forma legati, nec alimentarii conditio deterior efficitur, ut dici poſſit non ſatisfieri voluntati teſtatoris. Intelligendus autem haud dubio locus eſt de quantitate annua, & qua commoda habitatio conduci poſſit.

20. Poteſt denique huc referri & ſpecies *leg. penult. dict. leg. cum hi*, quæ quodammodo media videtur: videlicet, ſi convenerit, ut alimeutarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot menſi-

bus

Digitized by Google

bus acciperet: aut ex diverſo, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum neceſſaria, genere tantum mutato. Etenim tranſactio quidem etiam ſine prætore in hiſce ſpeciebus fieri poteſt: cæterum non aliter, quam ſi utilis ſit alimentatio, recipietur: ſin minus, rejicienda eſt; ejuſque rei arbiter & diſceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ tranſactionis cauſa decretum interponit ex SC. ſed & cum ſe inconſulto tranſactio facta eſt, de ea diſceptat rejicienda ea ſit, nec ne.

21. Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta ſibi relicta donationis cauſa ex liberalitate remittere poſſit, ſive quod idem eſt, an gratis de futuris alimentis citra prætorem paciſci liceat. Negat id Coſtalius in *dict. leg. cum hi*, & ita Gloſſam & DD. omnes ſentire ait, præter Fulgoſium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus teſtamento relictis pactionem ſine inſpectione tabularum, eamdem quoque admittunt in quæſtione hic propoſita; ſed qua ratione moveri potuerint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta a tranſactione ad pactionem, aut aliorum a favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere poteſt. Et omnino veriorem hic quoque eſſe exiſtimo ſententiam affirmantium, Fulgoſii, Jaſonis, Don. *in l. 8. Cod. hoc tit.* Conan. 5. *commen. 7.* Bachov. *c. 2. ad hoc tit. num. 7.* Cujus ego aſſertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, ſed tantummodo tranſactio, quæ prohibitio cum ſit contra regulas juris communis, non eſt producenda ad conſequentias, *l. quod vero 14. & ſeq. ff. de legib.* Viſum quippe eſt teſtatoris voluntatem conſervari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat caſus leges providere ſolent, in quos proclivior eſt exceſſus, *l. 4. §. 1. ff. ad SC. Vell. pr. Inſt. quib. alien. lic. & tit. Inſt. de leg. Fuſ. Can. toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare eſt & perdere, *l. cum de indebito, 25. ff. de probat. l. ſi quis, ff. de novat.* Secundo quia unuſquiſque quod ſibi relictum eſt, repudiare & contemnere poteſt. Et quæſo qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat, quod ſibi relictum eſt? Quid denique intereſt utrum non petat prorſus repudietve an remittat? Tertio quoniam in pacto ſimplici ceſſet ratio, quæ in tranſactione cognitionem prætoris deſiderat, ne ſcilicet alimentarius circumveniatur: neque enim qui ultro remittit, decipi videri poteſt, ſed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præſens habere, quam ſingulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in alimenta oppigneratum alimentarius liberare poteſt, *§. ſi uni 15. d. l. cum hi*, nam qui vult alimenta perſequi, ſine prætore nihil facere poteſt, quo eorum conditio deterior fiat. Nec obſtat ejuſdem *l. cum hi §. ſi prætor, 17.* quoniam illic non de alimentario remittente, verum de prætore negligente & citra cauſæ cognitionem tranſigi permittente agitur.

CAPUT VII.

Quatenus in cauſis criminalibus tranſactio permiſſa, *ad l. tranſigere, 18. C. hoc tit.*

SUMMARIUM.

1. *Capitale crimen quid, & unde dicatur.*
2. *Capitale interdum id ſolum ſignificat, quod vindicatur morte.*
3. *Ratio ob quam tranſactio in cauſa ſanguinaria permiſſa tum reo, tum accuſatori.*
4. *Reum quovis tempore tranſigere poſſe.*
5. *Accuſatorem inchoata demum accuſatione.*
6. *Confutatio diſtinctionis Pacianæ.*
7. *Occurritur D. Mattheo contendenti accuſatorem poſt inſtitutam accuſationem impune non poſſe tranſigere.*
8. *Effectus hujus traſactionis.*
9. *Per hanc tranſactionem non fieri prejudicium cauſæ publicæ.*
10. *Non eandem hic tranſactionis vim eſſe, quæ rei judicatæ.*
11. *Crimen non perimi abolitione.*
12. *An magiſtratus nullo exiſtente accuſatore, ex officio inquirere poſſit.*
13. *Tranſigi non poſſe ſuper crimen fuſtigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14. *An tranſactio permittenda in crimine majeſtatis & parricidii.*
15. *Explanatur* l. ult. C. de abolit.
16. *Quid ſi delictum tale ſit, quod ordinaria pœna mortis non punitur: ſed cujus pœna ex circumſtantiis ad mortem uſque extendi poſſit.*
17. *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18. *Rationes, ob quas de prima regula l. tranſigere, excipiatur adulterium.*
19. *An licita tranſactio de raptu.*
20. *An de ſtupro.*
21. *An de inceſtu.*
22. *Exponitur,* l. 1. §. 3. *ff.* de calumnia.
23. *An etiam pactio in criminibus non capitalibus prohibita.*
24. *Pœna poſt litem conteſtatam de crimine non capitali tranſigentium, tum actoris tum rei.*
25. *An reus pendente judicio tranſigens habeatur etiam pro condemnato.*
26. *Quid hic in pactione gratuita.*
27. *Quid in tranſactione aut pactione facta ante judicium inſtitutum.*

28. *Notatur aliquid ſingulare in crimine adulterii.*
29. *An in privatis criminibus licita tranſactio.*
30. *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falſi excipi de regula ſecunda l. tranſigere.*
31. *Confutatio hujus ſententiæ.*
32. *Verbum* citra *apud bonos auctores nunquam uſurpari pro* præter, *ut ſit nota exceptionis.*
33. *Apud auctores hujus reſcripti ſemper pro* ſine.
34. *Apud Papinianum* l. ult. ff. de calumniat. *notam exceptionis eſſe non poſſe.*
35. *Voce* præter *non ſemper denotare exceptionem.*
36. *Poſtrema clauſula hujus reſcripti contineri legis ſanctionem.*
37. *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38. *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39. *Oſtenditur locos, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40. *Verborum* citra falſi accuſationem *verus ſenſus.*
41. *Franciſci Hotomanni metatheſis improbatur.*
42. *Diſpoſitio* l. tranſigere, *hodie fere ceſſat & inutilis eſt.*

NON omnes cauſæ, quantumvis dubiæ ſunt idoneum ſubjectum tranſactionis: ſed civiles duntaxat, non criminales: quippe in quibus non privata, ſed publica cauſa agitur. Pactiones autem niſi quæ de re privata fiunt, non valent, *l. 7. §. ſi paciſcar*, 14. *&* §. *generaliter*, 16. *l. ſi unus*, 17. §. 4. *l. jus publicum*, 38. *ff. de pact.* Enimvero admiſſa eſt ſpecies quædam tranſactionis in criminibus capitalibus, non equidem jure aliquo pactionis aut tranſactionis genuinæ, ſed miſerationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat reſcriptum Impp. Diocletiani & Maximiani *l. tranſigere*, 18. *C. hoc tit.* in hæc verba: *Tranſigere vel paciſci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.*

Hujus reſcripti duæ ſunt partes: una eſt de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1. Capitale crimen a capite dicitur, facinus nimirum capite luendum: nam capitale eſt, quod capitis pœna luitur. In ſanctionibus antiquis *Capital.* vocatur. Cic. 2. *de legib. Feſt.* in voce *Capital. l. ult.* §. 1. *ff. de term. mot. l. omne delictum*, 6. §. *ſi quis*, 6. *de re milit.* Eſt autem pœna capitalis per quam caput eximitur de civitate, ſive id fiat morte ſive maxima aut media capitis deminutione, *l. licet capitalis*, 103. *ff. de verb. ſign.* Hinc capitalia judicia, quorum pœna vel mors eſt, vel deportatio ſive exilium aut aquæ & ignis interdictio, vel metallum, *l. 2. ff. de publ. jud.* §. 2. *Inſt. eod.* & rei capitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua cauſa damnato vel mors, vel etiam civitatis amiſſio, vel ſervitus contingit, *l. 2. ff. de pœn. l. edicto*, 13. *ff. de bon. poſſ.* atque ita paſſim, *l. eum*, 10. *ff. de jur. patron. l. qui cum*, 14. §. 2. *ff. de bon. libert. l. 4. pr. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* Græci in Baſ. τὰ κεφαλικὰ θάνατον δηλοῖ, ἢ πολιτείας ἔκπτωσιν. Capitalia mortem ſignificant & civitatis amiſſionem nimirum civitatis amiſſio morti ſimilis eſt, & mors quædam civilis, §. 1. *Inſt. quib. mod. patr. pot. ſolv. l. 1. §. filium*, 8. *ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non ſolum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l. verum* 63. §. *ſocietas, ult. ff. pro ſoc.* Sed & omnis cauſa exiſtimationis Latine loquentibus capitalis dicitur, *d. l. licet capitalis*, 103. *ff. de verb. ſign.* quamvis civilis cauſa ſit, nec ex ea ſequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres gloſſæ, *capitalis* ἀτιμωτικός, id eſt, capitalis cauſa eſt quæ irrogat infamiam, cum tamen per ſolius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & ſignificatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & exiſtimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modeſtinus in *d. l.* 103. *de verb. ſign. licet*, inquit, *capitalis Latine loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis, vel amiſſionis civitatis intelligenda eſt.* Et Cicero quoque *lib.* 9. *epiſt.* 21. *ad Pæt.* judicia capitis & famæ diſerte ſeparat.

2. Interdum vero *capitale* id ſolum ſignificat, ob quod caput non de civitate, ſed de medio hominum tollitur, ſive cujus pœna mors eſt naturalis, & ſupplicium ſupremum, *l. relegati*, 4. *ff. de pœn.* ubi Marcianus mortis quæ ſola eſt, pœnam capitis vocat, & deportationi opponit, & ſic in *l. caſtitatis*, 9. *C. ad leg. Jul. de adult. l. un. C. de crim. pecul.* §. *item lex Julia*, 8. *& ſeq. Inſt. de publ. jud.* pœna capitalis, capitalis animadverſio, ſupplicium capitale, pro ſummo accipitur, κατ' ἐξοχὴν videlicet, ut & aliàs judicium capitale pro αἵματος δίκη, ſeu ſola cauſa ſanguinis. Atque in poſtrema hac ſignificatione etiam in hoc noſtro reſcripto crimen capitale ſumitur, nimirum cujus non alia pœna, quam mors eſt. Id vero ita eſſe & oppoſitio ſequens *in aliis autem criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, &c.* demonſtrat, atque ut hoc ab Impp. expreſſum non eſſet, ex aliis tamen locis ſic hunc interpretandum eſſe diſceremus, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. l. ult. ff. de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorſit, idem manifeſte oſtendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcumque pœnam corporalem continent, puta fuſtigationem aut membri mutilationem, de quibus poſtea uberius.

3. Ajunt Impp. *Tranſigere ac paciſci de crimine capitali prohibitum non eſt.* Hæc pars reſcripti pri-

ma

ma. Admiſſa igitur hic eſt & pactio gratuita, & tranſactio; ut ſcilicet & reo liceat etiam cum pretio paciſci, & accuſatori cœptam accuſationem deſerere ſive gratis ſive accepta pecunia. Nimirum ut ante quoque dixi, admiſſa eſt in criminibus capitalibus, id eſt, iis, quæ ſanguinis pœnam irrogant, tranſactionis quædam ſpecies atque imago: quoniam & accuſatori cauſam cœptam omittere, & reo permiſſum eſt accuſatori, ut omittat, aliquid dare: in quo ſimilitudo tranſactionis. Proprie enim nulla tranſactio, nullum pactum eſt, niſi de re familiari, & quam quiſque, ut ad ſe pertinentem, remittere poteſt, *l. 7. §. ſi paciſcar, 14. ff. de pact.* Ratio autem, ob quam tranſactio hic permiſſa, non alia eſt, quam reſpectus quidam miſerationis, quod Principes ignoſcendum cenſuerunt ei, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. l. ult. ff. de prævar.* ex humanitate ſic interpretantes, ſi quid reus accuſatori dederit eumve corruperit, quaſi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, ſalutiſque & vitæ ſuæ redimendæ gratia, quam conſcientia ſceleris. Hoc autem admiſſo in perſona rei, ut ſcilicet is, de crimine capitali impune tranſigat, neque ob id pro convicto habeatur, *d. l. ult. ff. de prævar.* in conſequentiam actori quoque impune eſſe debuit, ſi is ex pactione ab accuſatione deſiſteret, accepta licet pecunia: cum alioqui tranſactionem nunquam ſit admiſſurus, & ita futurum ſit, ut miſeris reis ſpes omnis redimendæ ſalutis ſuæ præcidatur. Proinde accuſator deſiſtens non modo non incidit in pœnam talionis, ſed nec in pœnam SC. Turpilliani pecuniariam, de qua in *l. 3. §. ult. ff. de prævar.* neque etiam ut prævaricator damnari debet, *l. ult. d. tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accuſatione deſiſtens impetrare neceſſe habet. Etenim ſi deſiſtere ſine pœna SC. poteſt, qui Principe permittente deſiſtit, *l. deſtitiſſe, 13. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* poterit & qui deſiſtit permittente jure publico, *l. Gracchus, 4. C. ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci quibus generaliter definitur eum, qui cum adverſario de crimine tranſigit, incidere in pœnam SC. *l. 1. §. ſi quis, 7. l. 6. pr. l. in ſenatuſconſultum, 15. pr. ff. ad SC. Turpill. l. 2. l. 3. C. de abolit.* aut reſtringendi ſunt ad crimina non capitalia, ſeu quæ pœnam ſanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem tranſigere non licet: aut ſi ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere voluimus, addenda erit exceptio, niſi ex tranſactione cum reo facta accuſationem omiſerit.

4. Et reus quidem quovis tempore impune tranſigere poteſt, id eſt, tam ante, quam poſt accuſationem inſtitutam: eadem enim utroque caſu permiſſionis ratio eſt, eadem magnitudo periculi ſive accuſatio immineat, ſive pendeat, ſcilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat diſtinctionis aut reſtrictionis actio. Denique leges quoque, quæ reo in cauſa ſanguinis tranſigere permittunt generaliter atque indiſtincte loquuntur. Sed de accuſatore quæſitum eſt, an & ipſi utroque tempore permiſſa de crimine capitali tranſactio.

5. Et puto ego non eſſe. Ratio eſt quia ante cœptam accuſationem minæ de accuſando ſpeciem concuſſionis habent: ac proinde ſi quis accuſationem minatus non gratis ſed accepta pecunia deſiſtat; procul dubio incidit in crimen concuſſionis, *l. 2. ff. de concuſſ.* quod & Hotomannus bene obſervavit, *c. 23. illuſt. q.* Deinde cum, ut ſupra quoque diximus, tranſactionem hic defendat, aut excuſet potius ratio miſerationis, nulla hæc eſt reſpectu accuſatoris, quo tempore liberam adhuc accuſandi poteſtatem habet, aut non accuſandi. Itaque non valet hic argumentum a reo ad accuſatorem. Hoc ergo dicimus, accuſatorem inchoata demum accuſatione impune tranſigere: & ratio eſt, quoniam jam ipſe quoque accuſator ſanguinem ſuum redimit propter periculum talionis, quæ ex ſecutura mox in crimen ſubſcriptione eum manet, *l. ult. C. de calumniat. l. ult. C. de accuſ.* Quid poſt inſcriptionem? Puto etiam tunc poſſe: quia cum eo tempore vel maxime talione obſtringitur, metu tanti periculi ab accuſatione deſtitiſſe videri debet. Video tamen hanc temporis in accuſatore diſtinctionem a pleriſque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo ſemper parci.

6. Julius Pacius in *l. tranſigere, n. 20.* tribus modis contingere ait, ut accuſator accepta pecunia diſcedat a judicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concuſſionem metu illato pecuniam a reo extorqueret, nolens aliter, quam accepta pecunia quaſi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus ſeu cauſæ diffidens pecuniam dedit, ut accuſatorem corrumperet: aut denique pecunia data eſt, quia cum cauſa eſſet dubia, de ea tranſegerunt. Primo caſu punitur, inquit, accuſator propter calumniam & concuſſionem. Altero caſu punitur reus propter corruptionem accuſatoris: tertio caſu cum tranſactio eſt permiſſa, ut in ſpecie propoſita, neuter punitur. De poſtremo caſu facile Pancio aſſentior. Sed & de primo non repugno: nam ſi accuſator ipſe exigat pecuniam, nec alia lege ſe ab accuſatione deſtiturum minetur, vix eſt, ut accepta pecunia non incidat in crimen concuſſionis: quamvis ſi ultro oblatam a reo eadem lege acceperit, ignoſcendum ei videatur. Cæterum quod ſecundum caſum attinet, in eo prorſus a Pacio diſſentio, cum utique reo liceat quocunque modo ſanguinem ſuum redimere, atque accuſatorem ſuum etiam pretio dato corrumpere, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. l. ult. ff. de prævar.*

7. Antonius Matthæus *lib. de criminib. ad tit. 19. lib. 48. ff. c. 7.* converſo modo diſtin-

guit

guit, contendens accuſatorem ante inſtitutam accuſationem abſque ulla fraude ſua tranſigere: poſt inſtitutum vero judicium, ſi tranſigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accuſationem omittunt, *l. 1. l. 2. C. de abolit.* Itaque ex ſententia D. Matthæi nunquam ei, qui re ipſa accuſator eſt, impune licebit tranſigere; ſed ei duntaxat, qui τὸ δυνάμει, qui crimen comperit, & abuſive accuſator dicitur, propterea quod accuſator eſſe poteſt. Atqui diſerte reſponſum eſt eum, qui ob non accuſandum pecuniam accepit, concuſſionis teneri, *l. 2. ff. de concuſſ.* quo colore ergo dicemus eum poſſe impune tranſigere? Rurſus ſi dicimus actorem poſt conſtitutum judicium tranſigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum eſt, ut ipſi quoque reo inutilis ſit tranſactionis permiſſio, eo quod metu hujus pœnæ a tranſactione deterrebitur actor; & ſic reo fructus earum conſtitutionum auferetur, quæ ſanguinem ſuum redimenti ignoſci volunt. Sed & omnino probabile eſt, reſcriptum ipſum Impp. directum fuiſſe ad accuſatorem poſt inſtitutam accuſationem de tranſactione meditantem & ſuper hoc conſulentem principes. Tametſi autem non quemvis actorem, crimine non probato, ſtatim ralio manet, ſed eum duntaxat, quem calumniatum eſſe judex pronunciaverit, *l. 1. §. 3. & 4. ff. ad SC. Turp.* ſufficit tamen, quod ſimilitudine ſupplicii obligatus ſit, & non probato crimine ut calumniator damnari poſſit: etiamſi forte falſum crimen non intenderit, ſed tantum in probationem defecerit. Sed inquit D. Matthæus reſcriptum in *l. 2. C. de abolit.* non poteſt intelligi de crimine non capitali, cum eodem reſcripto jubeatur in reum inquiſitio fieri: de crimine non capitali tranſigens pro victo habeatur, *l. ult. ff. de prævar.* At inquam, ſic argumentando videtur vir doctus in partes noſtras tranſire, & fateri reum ſuper cauſa capitis tranſigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inquirendum ſit: quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc inſuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis pœnam non ingerente tranſegit, ad ſupplicium rapi: ſed quamvis graviſſimo ſe oneret præjudicio & juris præſumptione, quod conſcientia criminis adverſarium corruperit, opus tamen adhuc eſſe ampliori cognitione antequam ſequatur damnatio, ut recte Baldus in *d. l. tranſigere, columna ult.* Borcholt. *c. 3. num.* 88. *fac. l. ejus qui, 29. ff. de jur. fiſc. l. 1. §. Divus, 17. de quæſt.*

8. Effectus hujus tranſactionis eſt, ut neque reo, neque actori noceat, id eſt, ut nec reus tranſigens pro confeſſo & convicto habeatur (quod alias fieret, *l. ult. ff. de prævar.*) nec accuſator in pœnam prævaricantium aut ſenatuſconſulti Turpilliani, talionisve incidat, ut ſupra dictum eſt. Deinde reo non modo non nocet tranſactio, ſed etiam prodeſt; nimirum ad hoc, ut idem ille accuſator repetere accuſationem non poſſit, ſed reus ab illo liberetur; ait enim JC. in *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent.* reos ſanguinem ſuum redimere poſſe, atque ita ab accuſatore liberari.

9. Non tamen ob id præjudicium fit cauſæ publicæ, ſiquidem privata pactione publica coercitio tolli non poteſt, *l. 5. ff. de pact. dotal.* nec patitur publicæ diſciplinæ vigor ut delicta maneant impunita, *l. ita vulneratus, 51. §. æſtimatio, ff. ad leg. Aquil. l. locatio, 9. §. quod illicite, ff. de public.* Itaque cum hujus tranſactionis non ea vis ſit, ut crimen perimat, ſed accuſationem duntaxat, & hactenus ut illa ab eodem repeti non poſſit, ſequitur omnino reum adhuc aliorum accuſationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accuſatio cuivis e populo pateat, *§. 2. Inſt. de publ. jud.* At enim, inquies, non minorem authoritatem habet tranſactio, quam res judicata, *l. non minorem, 20. C. de tranſact.* abſolutio autem a judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accuſandum eum, qui ſententia judicis liberatus eſt, admittatur, niſi novus accuſator ſuum dolorem perſequatur, ignarus accuſationis ab alio inſtitutæ, aut priorem accuſatorem prævaricationis convincat, *l. 7. §. 2. de accuſ. l. 11. C. eod. l. 3. §. 1. de prævar. l. ſi cui. 7. §. 2. ff. de accuſ. 9. l. 11. C. eod.*

10. Reſpondeo, comparatio illa tranſactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur, *l. ingenuum, 25. ff. de ſtat. hom.* ita & tranſactio. Tranſactio inter hæredem ſcriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideicommiſſarii cum herede ſcripto in ſolidum experiantur, *l. 3. pr. ff. hoc tit.* eaque non obſtante teſtamentum in ſuo jure manet, *l. ſi ſuſpecta, 29. §. 2. ff. de inoff. teſt.* ſecus eſt, ſi contra teſtamentum pronunciatum ſit, *l. 8. §. pen. l. cum mater. 28. ff. d. tit.* quamquam jure noviſſimo nihilominus legata ex eo debeantur, *auth. ex cauſa, C. de lib. præter.* De criminibus omnibus judicari poteſt, tranſigi non item. Res judicata paratam habet executionem, tranſactio non habet: ac proinde mirum non eſt abſolutione crimen tolli: quamvis non tollatur tranſactione.

11. Sed nec abolitione magis, quam tranſactione crimen perimitur. Nam quod ſcriptum eſt in *l. 1. C. de abolit.* interveniente abolitione crimen ſopiri, non hoc ſignificat, crimen perimi aut extingui: quippe ſopita ſuſcitari queunt; perempta nunquam reviviſcunt. Sed & crimen illic poſitum eſt pro criminatione ſive accuſatione, quod minime eſt inſolens, *l. 1. §. 1. ff. de ſuſp. tut. l. propter, 21. ff. de SC. Silan. l. ult. ff. ad l. Jul. ma. eſt.* atque id reſpectu accuſatoris dictum intelligi debet, cui ſopitum abolitione crimen, ſine ſupplicatione renovare

non

Digitized by Google

non licet : ad reum vero quod attinet, is & ab alio accuſatore, & ab ipſo quoque judice repeti poteſt, ut recte D. Matthæus, *d. cap. 7.*

12. Quid vero ſi poſt tranſactionem aut pactionem unius accuſatoris nemo alius reperiatur, qui accuſare velit, an impunitum manebit facinus? Reſpondemus poſſe adhuc magiſtratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere, per *leg. congruit. 13. ff. de offic. præſ. l. 1. in pr. C. de cuſt. reor. l. 7. C. de accuſ. Nov.* 128. *c.* 1. Fachin. 1. *contr.* 34. & ibi citati. Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquiſitionem non poſſe inchoari, niſi legitima diffamatione, legitimiſque indiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa eſt atque explorata. *c. qualiter & quando, de accuſ. & inquiſit.*

13. Quoniam autem diximus primam hujus *l. tranſigere.* partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, tranſigi non poſſe de crimine, quod fuſtigationem continet. Ratio eſt, quia ea pœna non eſt capitalis, ſed toto genere a capitali ſecernitur. *l. 2. in fin. ff. de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet tranſactio: quippe membro amputato manet nihilominus homo incolumis: aperteque labitur Gomez. 3. *reſ. 3. num.* 54. & Clar. §. *fin. pract. crim. quæſt.* 58. *num.* 7. & 8, in quavis corporali pœna tranſactionem admittentes. Deportatio quoque toto gradu a mortis pœna diſtinguitur. *l. capitalium*, 28. *in fin. pr. ff. de pœn.* & demum in inſulam deportato, ſi interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur. *l. 4. ff. d. t.* ac proinde dicendum eſt, nec in crimine, cujus pœna deportatio eſt, licitam eſſe tranſactionem; multoque minus licita erit in cauſa infamiæ: nam & ea aperte diſtinguitur a capitali, *d. l. capitalium*, §. 1. & quamvis alibi fama vitæ comparetur. *l. juſta*, 9. *ff. de mand. vind.* vitam tamen ſecum non trahit: pœnaque infamiæ non niſi improprie capitalis dicitur, *l. licet*, 103. *ff. de verb. ſign.* In pœnis autem propria ſignificatio ſpectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur, *l. 3. ff. de cuſt. reor. l. 2. C. eod.* Cæterum nuſquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel cognita, vel licita, *l. aut damnum*, 8. §. *ſolent*, 9. *l. mandatis*, 35. *ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni ſequuntur, talis pœna permiſſa ſit, *C. quamvis, x. de pœn. in 6.* tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec ſanguinis ſit, non erit licita hic tranſactio. Clar. *d. q. n. 9.*

14. Majeſtatis & parricidii crimen quin capitale ſit, & pœnam mortis inferat, nullum eſt dubium: ſequitur ergo de utroque paciſci vel tranſigere licere, argumento primæ partis, *d. l. tranſigere*, ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc ſingularem præ cæteris indolem, quod perſecutio ejus etiam poſt mortem rei inchoari queat. *l. ex judiciorum*, 20. *ff. de accuſ. l. ult. ff. ad l. Jul. Maj.* ſed ſingularia non ſunt extendenda: & longe diverſum eſt, quo de hic quærimus. Non obſtat, quod conſcii, qui non detulerunt hæc crimina morte plecti jubentur, *l. 5. §. 6. & 7. C. ad leg. Jul. Maj. l. 2. l. 6. ff. ad leg. Pomp. de parric.* Etenim conſcius ſive probationes habeat, ſive non habeat, debet iſta crimina detegere ac deferre per dd. ll. accuſare tamen non tenetur, ſive probationes habeat, ſive non habeat: nulla enim lex hoc ei injungit; ac proinde ſtandum eſt regulæ, quod nemo invitus accuſare teneatur, *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ.* ſtandum generali definitioni hujus *l. tranſigere*, quod ſuper crimine capitali tranſigere prohibitum non ſit. Borcholt. *de tranſact. c. 3. num* 81. Pac. *ad l. tranſigere, n.* 38. Cujac. *6. obſ.* 11. *diff.* Delrio *ad hanc l. tranſigere. num.* 48. D. Matth. *num.* 14. Loci vero in contrarium allegati conſcium criminis puniunt non ob accuſationem non inſtitutam, vel pactione aut tranſactione finitam, ſed ob ſilentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accuſare invitus, ſed denuntiare tenetur, ut judex ex officio ſuo in denuntiatum inquirat: id enim facere judicem poſſe nullo exiſtente accuſatore ſupra demonſtravimus.

15. Non obſtat, quod in crimine majeſtatis non conceditur abolitio, *l. ult. C. de abolit.* Aliud enim longe eſt, abolitionem, id eſt, accuſationis omittendæ licentiam, aut exemptionem a crimine petere; aliud tranſigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magiſtratus, *l. 1. & ſeqq. C. de abol.* vel a Principe aut ſenatu conceditur ob diem inſignem lætitiamque publicam, *l. abolit.* 8. *l. ſi interveniente*, 12. *ff. ad SC. Turpill.* res etiam criminis abolitionem continet. Tranſactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem ſupra indicavi. Imperatores in *d. l. ult.* loquuntur de accuſatore & accuſato petentibus abolitionem, non de tranſigentibus aut paciſcentibus inter ſe ut omittatur accuſatio. Abolitionem in tam immani crimine petitam jubetur judex denegare; tranſactio autem non vetatur. Itaque conſtanter dicimus etiam hic reo ſanguinem ſuum redimenti ignoſcendum eſſe, & actorem, qui cum eo tranſegit aut pactus eſt, impune ab accuſatione deſiſtere, quia permiſſu legis deſiſtit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante expoſuimus.

16. Quid ſi delictum tale ſit, ex quo quidem ordinarie pœna mortis non ingeratur, ſed cujus pœna ex circumſtantiis arbitrio judicis ad mortem uſque extendi queat? Quidam putant hic tranſactioni locum non patere, ne alioqui nimium hoc jus porrigatur, & in pleriſque de-

lictis

Digitized by Google

lictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem uſque extendi poteſt juxta communem DD. ſententiam) ſemper habeat reus, quo ſe excuſet, nec ob corruptum pretio adverſarium pro confeſſo habeatur. Neque vero eandem eſſe rationem delicti, quod ex ſe & natura ſua pœnam capitalem meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante judice. Ego tamen etiam hoc caſu regulæ ſtandum arbitror. Parum enim intereſt, certo conſtet pœnam capitalem irrogatum iri an de eo dubitari poſſit; ſufficit enim, ut regulæ locus ſit, mortis periculum quomodocunque imminere. Itaque cum pactio vel tranſactio admittatur hujus periculi vitandi cauſa, *l. 1. ff. de bon. cor. qui ant. ſent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri poteſt, ut judex pœnam capitalem, ſeu jure ſive injuria, ſit irrogaturus, putarem etiam hoc caſu permiſſam tranſactionem; & huc facit arg. in *l. 7. §. 1. ff. quod met. cauſ.* JC. juſtum metum mortis, eſſe ait, ſi quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in noſtro caſu idem metus pro juſto haberi, & locum veniæ facere, ut reus ad ipſum, quod in judicantis poteſtate extremum eſt, formidaſſe intelligatur. Denique illi ipſi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ ſcilicet certo generi delictorum legibus impoſita eſt, æſtimandum putant, licitane ſit tranſactio, an ſecus, fatentur ultro licitam hic eſſe tranſactionem, ſi forte circumſtantiæ tales ſint, quæ facile judicem movere poſſent ad inclinandum in ſententiam capitalem, & hæc quoque Julii Pacii ſententia eſt *ad h. l. n. 14.*

Atque hactenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus reſcripti contentam: ſequitur, ut ejuſdem quoque regulæ exceptionem, quam addunt Imperatores, examinemus. Ajunt *excepto adulterio.*

17. Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuiſſe. Imo etiam multo ante capite id ſancitum fuiſſe evincitur ex *l. caſtitati, 9. C. ad l. Jul. de adult.* quod reſcriptum Alexandri eſt, qui multis annis Diocletiani Principatum anteceſſit. Juſtinianus tamen *Nov. 134. c. 10.* conſtitutione demum Conſtantini capitalem adulterii pœnam eſſe teſtatur: quod & Briſſonius *lib. ſing. ad leg. Jul. de adul.* & Don. *ad hanc l. n. 6.* exiſtimant Cujacius vero *lib. 6. obſ. 11.* contendit primos Conſtantium & Conſtantem id capitale feciſſe per *l. 4. C. Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Conſtantini, ſed poſt Diocletiani. Sane ex lege Julia capitalem hujus criminis pœnam non fuiſſe conſtat ex Taciti annalium *lib. 1. 2. & 3.* ſed neque tempore Alexandri morte vindicari ſolitum non obſcure indicant textus in *l. ſi quis viduam, 5. ff. de quæſt. l. Claudius, 13. ff. de his quæ ut indign. l. miles, 11. ff. ad l. Jul. de adult. l. ex eo, 18. ff. de teſtib.* quæ Pauli eſt, collegæ Ulpiani, & Alexandro Principi a Conſiliis. Divus quoque Auguſtinus ſagaciſſimus antiquitatis indagator *lib. 3. de civ. Dei*, ſcribit Romanos feminas adulteras, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte puniviſſe: ut omnino veroſimile ſit *d. l. caſtitati, C. ad l. Jul. de adult.* & hoc noſtrum reſcriptum interpolata eſſe a Triboniano, quod & Briſſonio, Cujacio, Donello ad hanc *l. num. 6.* Delrio *num. 85.* Melch. Klok *part. 2. c. 2.* videtur. Sed hoc alias forte latius. Quod ſi quis jam ex me quærat, quidnam cauſæ ſit, cur cum de cæteris criminibus capitalibus tranſigere fas fuerit, non tamen idem permiſſum adulteris?

18. Reſpondebo 1. exceptum eſſe adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib. 6. Epigr.*

Luſus erat ſacræ connubia fallere tædæ:
Luſus erat teneros, &c.

Jam vero frequentia delicti ſæpe exigit, ut ſupplicium exacerbetur, & nimium multis graſſantibus opus eſt exemplo & majore ſeveritate. *l. aut facta, 16. §. ult. ff. de pœn.* 2. Ut tanto magis tranſactione prohibita matrimoniorum caſtitati ſtuderent cives Romani. 3. Quia adulterii accuſatio non omnibus promiſcue patet: nam olim extranei poſt patrem demum & maritum adulteræ admittebantur, *l. 4. §. 1. & paſſim ff. ad l. Jul. de adult.* poſtea extranei plane excluſi, *l. quamvis, 30. C. eod.* Quare admiſſa hic tranſactione facile futurum erat, ut ejus criminis impunitas ſequeretur. 4. Quia hæc tranſactio ob conſcientiam & patientiam ſtupri videtur aliquid lenocinii ſimile habere, & per eum quaſi venialia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib. 12. Æneid. Deformare domum, & luctu miſcere Hymenæos, l. mariti 19. pr. & §. 2. junct. l. 2. §. 2. & ſeqq. ff. eod.* 5. Quod adulterio turbentur familiæ, quibus per id partus alieni ſpuriique inſeruntur. In ſumma cum cætera fere delicta propriæ turpitudinis finibus continentur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit. Diod. Sicul. *lib. 1. Biblioth.* Atque hæ rationes ſatis graves ac dignæ mihi videntur ut & magnis quoque doctiſque viris, Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant. Matthæo, ob quas tranſactio ſuper crimine adulterii, etiam poſtquam id capitale factum eſt, non ſit admiſſa, contra receptam in cæteris cauſis capitalibus regulam. Et quidem ſi maritus aut quis alius pecuniam accepit, ne accuſet, plectitur: ſi gratis ante litem conteſtatam pactus eſt, ne accuſet, non plectitur, *l. 2. §. 2. l. ſi maritus, 15. §. ſi negaverint, 5. l. mariti, 29. §. 2. ff. eod.* Quod ſi poſt cœptam accuſationem pactus eſt licet gratis, in pœnam SC. incidit, quia deſiſtit ſine abolitione, *l. de crimine, 10. C. eod.*

19. Quæſitum memini, cum ſolum adulterium a regula excipiatur, an de raptu, de ſtupro,

pro, de inceſtu, quæ tria crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, tranſigere liceat. Et quidem, ut de raptu incipiam, conſtat id crimen capitale eſſe, & ultimo puniri ſupplicio, *l. 5. §. 2. ff. ad leg. Jul. de vi pub. l. un. C. de rapt. virg.* Sed nuſquam expreſſe vetitum de hoc crimine tranſigere; ac proinde dicendum videtur de eo tranſigere licere juxta regulam primæ partis hujus reſcripti. Tamdiu enim regulæ ſtandum eſt, donec probetur exceptio. Unde Doctores noſtri ajunt, qui pro ſe habet regulam, eum habere intentionem ſuam fundatam, atque ideo in adverſarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione ſi defecerit, ſecundum regulam pronunciandum eſſe per *l. ab ea, 5. ff. de probat. cum ſimilib.* Non eſt contrarium, quod ſervus raptum virginis deferens libertate donatur, *l. pen. C. pro quib. cauſ. ſervum pro præm.* Ex eo enim minime ſequitur propter pactionem aut tranſactionem de raptu paciſcentem puniri aut pro convicto haberi: ſicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiſerunt, deportatione plectuntur, *d. l. un. C. de rapt. virg.* aliud enim eſt paciſci vel tranſigere ſuper accuſatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remiſſo, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. *Nov. 150.* Sed neque in *Nov. 143.* magis, quam alibi, agitur de parentibus paciſcentibus ſuper accuſatione raptus; verum de iis, qui dolorem, ſeu rancanam, ut loquuntur, remiſerunt, etiamſi in nuptias non conſenſerint. Quod ſi hoc non placet, in proclivi eſt alia reſponſio, eaque meo judicio probabilior; nimirum ſpeciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ tranſactionem cum raptore legibus Juſtiniani improbatam: nihil autem obſtare, quo minus extraneus accuſator, cum eo paciſci vel tranſigere poſſit. Enimvero ſi raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus ſeu lege Julia de vi, pactionem vel tranſactionem illicitam eſſe planum eſt & ita propemodum Pacius *n. 34.*

20. Quod ſtuprum attinet, nego de hoc crimine tranſigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam ſimplex ſtuprum contineatur: ſed quia ſimplicis ſtupri pœna non eſt capitalis, *§. item l. Jul. 4. Inſt. de publ. judic.* & ideo ad ſecundam hujus legis partem, qua tranſactio de criminibus non ſanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet quod in *l. 6. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult. l. 101. ff. de verb. ſign.* dicitur, legem Juliam his vocibus *adulterium*, *ſtuprum* promiſcue & indifferenter uſam eſſe, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptam committitur, ſtuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris verbo ſtupri etiam adulterium, tanquam ſpeciem ſtupri contineri, & ſtuprum quoque ſimplex eadem lege coerceri eadem pœna, qua adulterium, *l. 11. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* ſed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & ſtuprum ſimplex, aut aucta adulterii pœna & ſtupri cujuſvis auctam. Vide poſt alios Gœdd. *in d. l. 101. ff. de verb. ſign.* Plane ſtupri qualificati, ut nunc loquuntur, ſive præpoſteræ Veneris, *παιδεραστίας, ἢ ἄλλως παρὰ φύσιν μίξεως*, pœna quidem mors eſt *d. §. 4. Inſt. de publ. judic. l. cum vir, 31. C. ad l. Jul. de adult.* ubi *ἀρρενοκοῖται* exquiſitis pœnis ſubjici & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiſerim tranſactionem propter regulam primam noſtræ *l.* a qua adulterium duntaxat proprias ob cauſas excipitur. Sed & ſi propter circumſtantias puta ob vim adhibitam, &c. pœna ſtupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem uſque extendi poſſit, licitam quoque hoc caſu tranſactionem dixerim, per ea, quæ ſupra, atque eo refero *l. 1. §. 2. ff. de extraord. crimin.*

21. Inceſtus quoque jure noſtro pœna capitis non vindicatur, *l. ſi quis, 6. & auth. ſeq. C. de inceſt. nupt. l. ſi adulterium, 38. ff. ad l. Jul. de adult. Nov. 12. c. 1.* Quamobrem nec de inceſtu licita tranſactio, propter regulam ſecundæ partis hujus reſcripti. Quod ſi inceſtus cum adulterio conjunctus eſt, tranſactioni obſtat regulæ primæ partis exceptio D. Matth. 12.

Sequitur reſcripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, tranſigere non licet, citra falſi accuſationem.* De criminibus igitur non capitalibus, id eſt, quæ ultimo ſupplicio non puniuntur, ſed aut membri mutilatione duntaxat, aut fuſtigatione, exiliove aut publicatione bonorum, tranſigere non licet. Ratio eſt, quia in his nulla tanta occurrit miſerationis ratio, ut a tenore juris legumque ſeveritate viſum fuerit recedendum eſſe. Tantum de vita ſua periclitantibus & ſanguinem ſuum qualicunque pacto redimentibus ignoſcendum putaverunt legum conditores, *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. ſent. l. ult. ff. de prævar.*

22. Huic autem ſecundæ reſcripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de calumniat.* traditum eſt, ſi quis pecuniam dederit adverſario ſuo (intellige ſive in publicis, ſive in privatis cauſis, ut *d. l. 1. §. 1. & pr. d. §. 3.*) tranſigendi animo, ceſſare eas conſtitutiones, quæ ex hac cauſa litem perire jubent; & additur pro ratione, quia non ſit interdictum tranſactionibus, ſed ſordidis concuſſionibus. D. Pacius putat ſolutionem hujus objectionis eſſe facilem, nempe textum illum accipiendum eſſe in terminis habilibus, cum tranſigitur de crimine capitali, juxta diſtinctionem hujus *l. tranſigere*, quod & vir clariſſimus Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid ſi potius textum hunc juvemus diſtinctione, quæ non eſt in ipſo textu, dicamuſque eum locum accipiendum eſſe de eo actore, qui criminaliter agere propoſuerat, cum & civiliter agere poſſet: huic

Digitized by Google

huic enim in caſu nondum cœpti judicii nihil obſtare videtur, quominus pecunia accepta accuſationem nondum inſtitutam remittat: quippe quem conſilium mutaſſe, & pro eo, quod civili judicio conſequi potuiſſet, ſeu pro damno ſibi dato, pecuniam accepiſſe credendum ſit, & ita non pugnabit, *l. ult. ff. de prævar.*

23. De pactione nihil exprimitur poſteriore regula: An igitur pactio hic licita? Non puto, ſed quod in priore parte expreſſum eſt, in ſequenti ex ſententia & mente legiſlatorum repetendum, *arg. l. Titia*, 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* & fac. *l.* 1. §. *ſi quis*, 7. *ff. ad SC. Turp. & paſſ. eod.* Proinde non minus pactio, quam tranſactio hic illicita: idque verum eſt ſive ante litem conteſtatam, ſive poſt eam interpoſita ſit.

24. Et quidem ſi poſt litem conteſtatam interpoſita ſit ſive tranſactio ſive pactio, actor incidit in pœnam SC. Turpilliani, *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec petere poteſt quod tranſactionis cauſa ei promiſſum eſt, *l. ſi quidem*, 9. *C. de contr. ſtipul.* Quod vero repetere accuſationem adverſus eundem non poteſt, non ex eo eſt, quod valet tranſactio: ſed quia ſe indignum accuſatione fecit, *l. 2. l. 6. pr. ff. ad SC. Turpil. l. 5. ff. de prævar. l. abolitionem*, 16. *C. ad leg. Jul. de adult.* Reus autem poſt judicium cœptum tranſigens habetur pro confeſſo & convicto, *l. 4. l. ejus qui*, 29. *ff. de jur. fiſc. l. ult. ff. de prævar.* & multatur etiam pecunia fiſco inferenda, *l. Imperatores*, 34. *ff. de jur. fiſc.* Cæterum hoc ita ſi pretio pactus ſit, ut dixi, poſt judicium jam inchoatum: nam ea tranſactio habetur pro confeſſione facta in judicio. At ſi ante cœptum judicium facta ſit tranſactio, eſt quidem & ipſa invalida in crimine non capitali, ſed non inducit fictam confeſſionem.

25. Porro etſi tranſactio pendente judicio facta habeatur pro rei confeſſione, quæ fictio eſt: non tamen hinc ſequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confeſſo habitus, ſimul etiam ante ſententiam habeatur pro judicato & condemnato: nam ita fictio geminaretur, quod fieri non poteſt. Vere confeſſus in jure habetur pro judicato, *l. poſt rem*, 56. *ff. de re jud.* ſed ibi una tantum fictio eſt. Et quoniam, ut diximus, reus tranſigens de crimine non capitali poſt inſtitutum judicium pro confeſſo tantum, non etiam pro judicato habetur, inde eſt quod judex in *l. 2. C. de abolit.* jubetur adhuc in crimen inquirere & ſententiam ferre: eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l. ejus*, 29. *ff. de jur. fiſc.* ait, oportere prius conſtare, & de crimine pronunciare, & alioqui ſi pœnæ adjecta ſit confiſcatio, reuſque ante ſententiam moriatur, confiſcationi non erit locus, *d. l. ejus, de jur. fiſc.* Neque obſtat, *l. Caius Sejus* 22. *ff. ad SC. Silan.* nam cum admiſſum tale eſt, cujus cauſa tantum pecuniaria ſit, ſeu in quo quæſtio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei poſtulati & pro confeſſo habiti non extinguitur: imo de novo cauſam deferre licet, *l. ultim. ad leg. Jul. pecul.*

26. Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confeſſo habeatur, licet poſt litem conteſtatam pactus ſit, *l. 4. ff. de jur. fiſc.* utique tamen pactio invalida eſt, quia accuſator, ſi nondum deſtitit, poteſt porro accuſare: ſi autem deſtitit, in pœnam incidit SC. *l. 1. §. ſi quis, 7. l. 16. ff. ad SC. Turpil.*

27. Invalida quoque eſt in crimine non capitali tranſactio & pactio facta ante litem conteſtatam. Nam etſi hic accuſator omiſſa accuſatione ex cauſa tranſactionis non incidit in pœnam SC. quoniam videri non poteſt deſtitiſſe, qui non accuſavit, *l. 5. ff. ad SC. Turpill.* tamen id quod tranſactionis cauſa ei promiſſum eſt, non poteſt petere, *l. ſi quidem*, 9. *Cod. de contr. ſtipul.* atque ita hæc tranſactio non prodeſt accuſatori. Sed nec reo prodeſt: nam accuſator non obſtante tranſactione poterit accuſationem inchoare, remque in judicium deducere, neque ei ulla obſtabit exceptio. Idemque eſt, ſi accuſaturus ante judicium cœptum pactus ſit gratis, ne accuſet; neque enim poſtea accuſanti obſtare poterit pacti invalidi exceptio: ſiquidem accuſatione demum cœpta id obſervatur, ut qui ab inſtituta accuſatione deſiſtit ex cauſa tranſactionis aut pacti, poſtea non admittatur ad repetendam accuſationem, & præterea incidat in pœnam SC. *l. 1. pr. & §. 7. ff. l. 2. l. 1. C. ad SC. Turpill.* Illud certum eſt, ſicut is, qui ante inſtitutam accuſationem tranſegit aut pactus eſt, poteſt nihilominus accuſationem inchoare, ſi velit; ita poſſe eundem etiam eam omittere, ſi accuſare nolit, *arg. tit. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ.*

28. Singulare eſt in crimine adulterii, quod maritus vel pater ſi negaverint ſe accuſaturos, non poſſunt poſtea accuſationem inſtituere, & extranei tunc admittuntur, *l. ſi maritus*, 15. §. *ſi negaverint*, 5. *ff. ad l. Jul. de adult.* Ratio eſt, quia extranei non admittuntur, ſi velit accuſare pater aut maritus, *l. 4. §. extraneis, ff. eod.* Quod ſi illi expreſſe negaverint ſe accuſaturos, jam jus extraneis naſcitur, quod iis auferri non debet. Quod ſi maritus non negaverit accuſaturum, ſed facto ipſo non occupaverit accuſationem, hoc caſu extraneus eum præveniens nihil ipſi præjudicat, *d. l. 4. §. ſi ante.*

29. Ajunt Impp. In aliis publicis criminibus. An igitur de privatis criminibus; quæ ſanguinis pœnam non continent, licita tranſactio? Nequaquam. Cæterum adhibenda hic eſt diſtinctio: nam de privatis delictis & civiliter agi poteſt, & criminaliter, *l. ult. ff. de injur.* Cum civiliter agitur, licita eſt in hujuſmodi delictis pactio & tranſactio, obſtatque actor nihilominus agere volenti pacti aut tranſactionis exceptio,

Digitized by Google

ptio, *l. ſi pro fur. 7. pr. ff. de cond. furt. l. interdum, 56. §. qui tutelam, ff. de furt. l. poſt deciſionem*, 13. *C. eod.* At enim ſi pretio quis pactus ſit, id eſt, tranſegerit, obſtabit quidem & hic actori tranſactionis exceptio: cæterum paciſcentem pecunia data, ceu confeſſum ſequetur infamia, *l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. ff. de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut ſtellionatu, aut aliis hujuſmodi privatis delictis agitur juxta *d. l. ult. ff. de furt. & l. ult. ff. de injur.* non eſt admiſſa tranſactio: ſed reus hic etiam pro confeſſo habetur, *l. ult. ff. de prævar.* & accuſator, licet non incidat in pœnam SC. Turpilliani, officio tamen judicis coercetur, *l. ſi quis, 7. §. 1. ff. ad SC. Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam ſanguinis non ingerentibus tranſactionem eſſe illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum eſt, quia de privatis tranſactio ſit licita, ſed quia non ſemper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter: ita ferme poſt Accurſ. Bart. Jaſ. Alciatum, &c. Fachinæus *lib. 1. controv. 9.*

Supereſt clauſula reſcripti ultima. Ajunt Impp. *tranſigere non licet citra falſi accuſationem.*

30. His verbis veteres interpretes a ſecunda reſcripti regula excipi putant crimen falſi, ut hic ſit ſenſus, de criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt, præter falſi accuſationem aut excepta falſi accuſatione, tranſigere non licet: ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, ſic de ſecunda excipiatur crimen falſi: & ita quoque Græci hanc clauſulam acceperunt: ſic enim illi *βασιλικ.* 11. ſecundam reſcripti regulam reddunt; *ὅσα δὲ μὴ ἔχει δι' αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐ κωλύεται ἡ διάλυσις, χωρὶς τῆς τοῦ πλαστογραφίας ἐγκλήματος*, atque hanc ſententiam etiam neotericorum plurimi ſecuti ſunt. Cujac. *6. obſ.* 11. Borcholt. *c. 3. de tranſact. n. 92. & ſeqq.* Fachin. *1. contr. 6.* Perez. *C. de tranſact. n. 12.* Delrio *ad l. tranſigere, num.* 141. *& ſeqq.* Pac. *num. 47. & ſeqq.* Matth. *num.* 18. Mornac. *ad fin.* Rationem exceptionis primam hanc eſſe putant, quod crimen falſi plerumque ad privatum commodum ſpectet: ac propterea tranſigentem non videri crimen eſſe confeſſum, ſed rei ſuæ conſuluiſſe. Deinde quod olim regulariter de falſo potuerit tranſigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœna mortis ingerente: ſicut & hodie interdum ultimo ſupplicio plectatur, *l. 1. l. 5. l. ubi falſi, 22. C. ad leg. Corn. de falſ.* ac proinde arbitrarium eſſe falſi judicium: quæ fortaſſe vera ratio ſit, cur ſuper falſi crimine tranſigere liceat, quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex poteſt, tranſactionem non eſſe prohibitam arg. regulæ primæ hujus *l. tranſigere.* Afferunt denique & textus, quibus hæc ſententia adſtrui videtur, *l. ipſe, 7. l. de his, 16. l. penult. l. ultim. Cod. dict. tit. l. pen. Cod. hoc tit. l. 2. de his quæ ut indign.*

31. Ego tamen cum Donell. *in d. l. tranſigere, num. 14. & ſeqq.* Klock *p. 4. per tot.* Alciat. *ſub fin.* Ant. Fab. *2. conject.* 20. Bachov. *ad hoc tit. num. 15.* Tulden. *ad C. ad SC. Turp. num. 9.* contendo, neque hoc uſquam proditum eſſe, neque conſtitui poſſe, niſi valde abſurde. Nam aut gravius cæteris crimen falſi eſſe volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coercendum: quamquam ſunt alia graviora. Si par, cur diſtinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet. Fieri enim poteſt, ut teſtes falſum dixerint adverſus aliquem in cauſa capitis, ut innocentem opprimerent; aut ut probatum ſit inſtrumentum falſum in cauſa, in qua de omnibus fortunis agebatur. Atque ut agatur tantum de re pecuniaria; non ideo tamen de eo tranſigere permittendum. Quam multa enim ſunt alia crimina de re pecuniaria, de quibus tamen tranſigere non licet. Eſt igitur abſurdum, cum par aut etiam major ſit ratio in falſo, quam in carceris, plus quam in cæteris, licere in falſo. Antequam quæſtionem ipſam plenius excutiam, dico *citra* in hoc reſcripto poſitum eſſe pro *ſine*; quaſi Imperatores ſcripſiſſent, *ſine falſi accuſatione*, vel *niſi falſi accuſationem ſubire velit accuſator*: ut non alius horum verborum *citra falſi accuſationem* ſenſus ſit, quam quod accuſator tranſigens de crimine non capitali incidat in accuſationem falſi conſtitutam SC. Turpilliano.

32. Etenim verbi *citra* duplex tantum eſt ſignificatio, interdum idem ſignificat, quod ab hac parte, *ἐν τῷ ἐπὶ τάδε* cujus contrarium eſt *ultra*. Horat. *Quas ultra citraque nequit conſiſtere rectum*, aliquando idem, quod *ſine* ſive *abſque ἄνευ*, nec tunc verbum eſt ambiguum quod interdum vim excipiendi habeat, ſed rem unam duntaxat ſignificat, idemque perpetuo valet, quod *ſine*: nuſquam autem apud ullum idoneum ſcriptorem pro *præter* accipitur. Sueton. *in Cæſ. citra ſenatus populique auctoritatem.* Quintil. *l. 1. citra muſicem grammatico perfecta non eſt*: Papinianus, *l. ult. ff. de publ. judic. citra periculum.* Idem *l. 1. §. 1. ff. de pign. citra conventionem.* Idem *l. ult. ff. de in diem add. citra delegationem.* Ulpianus, *l. ut ſit, 31. ff. pro ſoc. citra ſocietatem.* Idem *l. obſervare, 6. ff. de curat. furioſ. citra cauſæ cognitionem.* Idem *l. 1. §. ſi quis 7. ff. ad SC. Turpill. citra abolitionem.* Idem paſſim, *l. 8. ff. h. t. citra auctoritatem, citra cognitionem prætoris, citra prætorem, l. 3. C. de uſur. citra vinculum ſtipulationis, l. 1. C. de jur. fiſc. citra fraudem creditorum.*

33. Apud auctores quoque hujus reſcripti *citra* ſemper pro *ſine* nunquam pro *præter*, vid. *l. cum ſemper, 10. l. nullo, 24. Cod. de rei vind. l. nec filius, 7. C. de reb. cred. l. ſi ex pretio, 6. C. ſi cert. pet. l. ſi pretium, 19. C. de proc. l.*

cum

cum citra, 15. *C. de jur. dot. l. pen. C. de pign. l.* 2. *& ſent. reſc. non poſſ. &c.* Quis autem credat, eoſdem, qui tot locis & pluribus aliis, quos congeſſit Klock, *citra* conſtanter uſi ſunt pro *fine*, uno in loco pro *præter* & exceptive uſurpaſſe? Sane in *l. un. §. accedit*, 13. *C. de rei uxor. act. verſ. extraneum*, vox *citra* pro *præter* accipitur, ſed iſta lex Juſtiniani eſt, & compoſitio Triboniani, quos nemo dixerit bonos eſſe Latinitatis auctores, niſi qui linguæ Latinæ plane ſit rudis, ut ipſe Tribonianus fuit.

34. Tempore autem Diocletiani ſua adhuc conſtabat Latinæ linguæ puritas, ut apparet ex omnibus ejus reſcriptis. Quod vero Papinianum etiam eadem voce pro *præter* & exceptive uti ajunt in *l. ult. ff. de calumniat.* id ex eo loco, minime evincitur. Imo ſi quis attendere velit, *citra pretii æſtimationem* illic nihil aliud valet, quam ſine pretii æſtimatione. Sentit enim Papinianus dominum ſervi in caſu ibi propoſito ſic agere de calumnia accuſatoris, ut agat de calumnia ſolum, id eſt, ſeparato judicio de calumnia, ut ſimul non agat de damno & pretii ſervi æſtimatione; idque ſequentia verba clare oſtendunt: ſubjicit enim de calumnia agi citra hanc æſtimationem, id eſt, ſine hac æſtimatione, quia ſeparatum ſit calumniæ crimen a damno, ſive quia de calumniæ crimine ſeparatim & ſine damni quæſtione agi poteſt. Si *citra* pro *præter* hic accipias, hic erit ſenſus, poſſe agi cum iſto accuſatore de utroque ſimul & de calumnia & de damno: quod adverſatur ſententiæ Papiniani, qui ait ſeparata eſſe judicia calumniæ & æſtimationis: aut ſi pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine æſtimationem ſervi, quod eſſet hominis non intelligentis, quid ſit exceptio. Cæterum etſi *citra* pro *præter* Papinianum dixiſſe ponamus, eumque ita ſcripſiſſe: *Sed & præter pretii æſtimationem, quæritur de calumnia ejus*: tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35. Nam nec *præter* ſemper eſt exceptionis nota. Si dicam, *Multa ſunt præter hæc, quæ objici merito potuiſſent*: aut ut Plinius, *lib.* 10. *nat. hiſt. præter hominem ſomniare equos, boves, canes, pecora, capras palam eſt*: nemo, cui ſana mens eſt, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta ſunt, aut hominem. Sic etſi Papinianus ita ſcripſiſſet; *præter æſtimationem pretii ejus, quo ſervus ob quæſtionem deterior factus eſt, & de calumnia accuſatoris queri poteſt*: nemo niſi fungus, dixerit Papinianum hic excipere æſtimationem ſervi.

36. Poſtremo, quod apprime notandum eſt, his verbis reſcripti; *In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam non ingerunt*, non ſtatim, & immediate ſubjungitur, *citra falſi accuſationem*; ſed eam clauſulam antecedit, *tranſigere non licet*; ita ut poſtrema illa clauſula ſanctionem continere omnino ſit veriſimile.

37. Sed omiſſis reſcripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæſtione de uſu verbi Latini faceſſere juſſa, videamus de jure: & primum an ſufficiens ſit illa exceptionis ratio, quæ vulgo afferri ſolet, nempe quod licet crimen falſi publicum ſit, plerumque tamen pertineat ad cauſam & utilitatem privatorum. Mihi ſane non videtur: ſunt enim & alia hujuſmodi, ut crimen violentiæ: ſed nec ſuper privatis delictis, ſi criminaliter agatur, tranſigere licet, ut ſupra probatum eſt. Denique ſi hæc ratio valeret, non ſimpliciter excipi crimen falſi debuiſſet, ſed tunc ſolum, cum privatum commodum reſpicit.

38. Quod affertur pro ratione ſecunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuiſſe falſum eſſe apparet ex *lib.* 1. *in fin. l. ult. ff. ad leg. Corn. de falſ.* Paul. 5. *ſent.* 25. §. *item lex*, 5. *Inſt. de publ. jud* unde diſcimus pœnam falſi ex lege Cornelia fuiſſe deportationem. Quamvis autem ex circumſtantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exaſperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex poſſit, *l.* 1. *l.* 5. *l. ubi falſi*, 22. *C. ad leg. Corn. de falſ.* tamen id non ſolum in falſi crimine, quod per ſe capitale non eſt, obtinet, ſed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumſtantiis aggravari poteſt. Nam ubicunque circumſtantiæ delictum aggravare poſſunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari poteſt: quoniam pœnæ & culpæ inter ſe debet eſſe proportio: & ſic eadem ratione plura alia crimina per ſe non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales ſunt delicti circumſtantiæ, ut conſtet poſſe reo ob falſum commiſſum pœnam irrogari capitis, atque hoc caſu etiam permiſſam ſuper falſo tranſactionem, *arg. l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. ſent.* At hoc poſito jam crimen falſi in tali caſu non excipimus de regula *l. tranſigere* ſecunda, ſed ad primam referimus. Denique extra hunc caſum ſub regula ſecunda contineri profitemur.

39. Loci, qui ad adſtruendam contrariam ſententiam afferuntur, nihil minus probant, quam quod de accuſatione falſi tranſigere liceat. In *l. ipſe ſignificas*, 7. *C. ad leg. Corn. de falſ.* ſcriptum quidem eſt, eum, qui de inſtrumento, quod falſum eſſe dicebatur, tranſegit, non eſſe audiendum, ſi id, cui ſemel acquievit, tanquam falſum velit accuſare. Cæterum de falſo inſtrumento illic tranſactum proponitur, nimirum in cauſa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret inſtrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus poſtea, ajunt Imperatores, tanquam falſum accuſare non poteſt. De falſo igitur inſtrumento illic tranſactum eſt, non de falſi crimi-

ne

ne ſeu accuſatione, quæ inſtituta non fuit. In privata lite de falſo tranſigere licet, neque hoc dicimus noſtra *l. tranſigere*, prohiberi. Eademque reſponſio aptanda *l. pen. C. h. t. in fin.* ubi dicitur controverſiam de inſtrumento, quod falſum dicebatur, ortam tranſactione decidi poſſe. Sed & cæteris locis, quibus ſuper falſo tranſactum eſſe legimus, non de falſi crimine tranſactam eſſe intelligere debemus, ſed de cauſa falſi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendendi ſunt, qui ſcribunt ſe non intelligere, quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit, quam de falſo inſtrumento tranſigere. Longe enim differunt tranſigere de falſo inſtrumento prolato forte in cauſa civili, & tranſigere de crimine ſive falſi accuſatione inſtituta judicio publico aut criminali: aut ſi hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud ſit, quod Imperatores reſcribunt *l. de fide, 16. Cod. ad leg. Corn. de falſ.* ei, qui de fide inſtrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem, & per privatam diſceptationem; quod & pluribus aliis locis proditum, *l. 5. l. ſi docueris, 9. l. ſi iis, 11. l. ſicut falſi, 17. l. pen. & l. ult. Cod. eod. tit.*

40. Quod ſi quis jam quærat, ſi verba illa, *citra falſi accuſationem*, ſic accipiantur, non licere de criminibus non ſanguinariis tranſigere, quin parata ſit adverſus eum, qui tranſegit, falſi accuſatio, quodnam hic falſum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Reſpondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falſo: ſed quod incidat in accuſationem falſi, quæ conſtituta eſt in eos, qui ex conventione litem & accuſationem deferunt; & nimirum accuſatoris litem ex pactione aut tranſactione deferentis hanc eſſe pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum, *l. 1. §. accuſatorem, 10. verſ. at quin Papinianus, l. 6. in ſenatusconſultum, 15. ff. eod.* Nullus enim dubito, quin reſcriptum hoc directum ſit ad accuſatorem, & poſtremis reſcripti verbis ſancitur pœna in liris deſertorem. Reus autem tranſigens, ut ſupra demonſtratum eſt, pro confeſſo ſic habetur. Quid ergo genus falſi eſt, quod SC. coercetur? Prævaricatio & tergiverſatio. Prævaricari eſt colludere cum adverſario, genus falſi in eo manifeſtum, quod qui prævaricatur, veras probationes falſo diſſimulat, falſas adverſarii admittit, *l. 1. §. 1. & 6. ff. d. tit.* Tergiverſari eſt ab accuſatione deſiſtere *d. §. 1.* quod qui facit, haud ſecus ac prævaricator vera crimina abſcondit, quanquam fuga & ſilentio, non ut prævaricator ſimulata accuſatione, facit huc *l. de crimine, 10. C. ad leg. Jul. de adult.*

41. Franciſcus Hotomannus, vir magnus ſane & bene præclareque de Juriſprudentia meritus, tranſpoſitione verborum totam noſtræ hujus l. tranſigere, ſententiam invertit mutavitque, ac converſo plane modo Imperatores reſcripſiſſe autumat, de criminibus non capitalibus tranſigere licere præterquam de adulterio: cæterum de criminibus pœnam ſanguinis ingerentibus tranſigere nefas eſſe, ac proinde textum *l. tranſigere*, ita concipiendum eſſe; *Tranſigere vel paciſci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non eſt. In aliis autem publicis criminibus, quæ ſanguinis pœnam ingerunt, tranſigere non licet citra falſi accuſationem.* Ita Hotomannus *lib. quæſt. illuſtr. cap. 23.* ubi ſeptem fere argumenta primæ hujus legis definitioni objicit, quibus inductus hanc metatheſin excogitavit. Sed profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & conſtantem Græcorum interpretum verſionem *lib. 11. βασιλ. tit. περὶ διαλύσ.* ubi ait, *ἐπὶ μὲν τῶν δι' αἵματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύεσθαι*. Harmenop. *lib. 1. t. 10. εἰς μὲν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλυόμεθα*. Verum etiam contra tot locorum, quæ ſupra memoravimus conſonantem concordemque ſententiam. Argumentis Hotomanni facile ex iis, quæ jam diſputata ſunt, occurri poterit: ſingula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

42. Hodie diſpoſitio *l. tranſigere*, 18. ceſſat fere & inutilis eſt, cum non cuivis e populo, ſed procuratori fiſci, aut Schultetis Baliviſve locorum perſecutio criminum competat. Atque hi quidem ſi in accuſatione ſuccumbant, aut crimen non probent, non incidunt in pœnam talionis: ac tametſi deſiſtant ab accuſatione ſine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Cæterum nec inconſulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, Merul. *prax. civ. 4. tit. 14. c. 2. & 6.* de ullo crimine tranſigere cum reo poſſunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accuſante. Quam ob cauſam nihil hic reſtat quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, niſi prius placatis amicis vid. Gomeſ. *3. var. reſol. 3. n. 56. & ſeqq.* Clar. *lib. 5. fin. quæſt. 58.* Chriſt. *vol. 1. deciſ. 152.* Tulden. *ad Cod. tit. de tranſact. num. 6.* Matth. *de crim. ad lib. 48. ff. tit. 20. cap. 4.* Groenevv. *de ll. abrog. ad l. tranſigere.*

CAPUT VIII.

De vi & effectu tranſactionis.

SUMMARIUM.

1. *Tranſactio non aliis nocet, aut prodeſt, quam qui eam interpoſuerunt.*
2. *Caſus ſpeciales, quibus tranſactio ab aliis facta aliis prodeſt, aut nocet.*
3. *Tranſactio non retractatur.*
4. *Cur exceptiones rei judicatæ, jurisjuran-*

di, tranſactionis, dicantur exceptionnes litis finitæ.

5. *Non retractatur tranſactio, etiamſi facta ſit de cauſa, ex qua tranſigens non erat obligatus.*

6. *Quid ſi nova inſtrumenta reperta ſint.*

7. *Mutuo conſenſu tranſactio diſſolvi poteſt.*

8. *Unius pœnitentia non poteſt.*

9. *Quando facta cum minore 25. annis reſcindi poſſit.*

10. *Reſcindi poteſt, quæ ex falſis inſtrumentis interpoſita.*

11. *An beneficio l. 2. C. de reſc. vend. in tranſactione locus.*

12. *Explicatur l. ſi ſuperſtite. 5. C. de dolo.*

13. *Dubii eventus certa æſtimatio conſtitui non poteſt.*

14. *Reſcindi poteſt tranſactio dolo malo facta, & quæ hic juris remedia.*

15. *Juratæ tranſactionis non ſervata quæ pœna: & an id pertineat etiam ad jure invalidas juramento firmatas.*

16. *Quæ ſit vis ac poteſtas clauſulæ generalis ſubjecta tranſactioni de aliqua controverſia facta.*

17. *Emendatur vitioſa lectio in l. 5. ff. h. t.*

18. *Tollitur vitium in l. 14. §. 7. ff. de religioſ.*

19. *Explicatur §. ult. l. 122. ff. de verb. obl.*

20. *Quando generalis clauſula ſubjecta tranſactioni generalem recipiat interpretationem.*

1. SUpereſt, ut videamus, quæ tranſactionis vis ac poteſtas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, tranſactionem iis duntaxat nocere aut prodeſſe, a quibus interpoſita eſt, aliis nequaquam, v. c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut tranſegerunt inter ſe, ut unus totam ſummam perſolvat: creditor nihilominus cum altero experiri poteſt, *l. debitorum*, *25. C. de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus tranſegit, tranſactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodeſt *l. 1. C. h. t.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus, *l. ſi unus*, *27. §. ff. de pact. l. 2. C. res int. al. act. l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur. l. 3. pr. ff. h. t.* ubi Imperatores Antoninus & Verus reſcripſiſſe dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi extra dubitationem poſitum eſſe. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & proſunt & nocent, cum quibus tamen factæ non ſunt.

2. Occurrunt quidem & in privatis pactionibus caſus, quibus tranſactio ab aliis facta aliis aut prodeſt aut nocet, ſed non niſi ubi manifeſta id ſuadet æquitas aut utilitas; veluti in l. *ult. ff. eod.* ubi debitori adverſus emptorem hereditatis accommodatur exceptio tranſacti cum herede eoque venditore negotii, ne, ſc. juſta ignorantia debitori noceat. *fac. l. 3. C. de novat.* Item in *l. controverſia*, *14. ff. eod.* ubi hereditate inter ſcriptum & legitimum heredem per tranſactionem diviſa, creditores hereditarii, quamvis cum iis tranſactum non ſit, utrumque pro diviſis partibus convenire debent: ſed hoc utilitatis cauſa propter incertitudinem ſucceſſionis receptum dicitur.

3. Cæterum tranſactio inter ipſos tranſigentes eandem vim habet, quam res judicata, *l. non minorem*, *20. C. eod.* Et propterea cauſa tranſactione deciſa & finita non magis, quam ſententia *l. 1. C. ſent. reſc. non poſſ.* retractatur, nec alioqui nullus ſit litium finis, *l. fratris*, *10. Cod. eod.* Paria habemus apud Demoſthenem in exceptione contra Pantænetum, & pro Phormione, item apud Symmachum *lib. 7. epiſt. 108. & ſeq.* Atque hoc adeo verum eſt, ut nec reſcripto Principis cauſæ tranſactione terminatæ reſuſcitentur, *l. cauſas*, *15. C. h. t.* ſicut nec res judicatæ, *l. ult. C. ſent. reſc. non poſſ.* nec jurejurando deciſæ, *l. admonendi*, *31. ff. de jurejur. l. 1. C. de reb. cred.*

4. Unde tres hæ exceptiones tranſactionis, rei judicatæ & jurisjurandi, appellantur exceptiones litis finitæ, *c. 1. & 2. x. de lit. conteſt.* nimirum quia impediunt litis ipſius ingreſſum, id eſt, quia repellitur actor agere volens poſt tranſactionem factam, litemve jurejurando aut ſententia judicis deciſam per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici: cum aliæ exceptiones, quamvis peremptoriæ ſint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingreſſum non impediant.

5. In tantum autem tranſactione lis finitur, ut etiamſi tranſactio facta ſit de cauſa, ex qua is, qui tranſegit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans cauſam tranſigendi nullam fuiſſe, *l. nec intentio*, *33. C. h. t.* ſera quippe illa poſt tranſactionem allegatio eſt. Quinimo qui tranſactionis nomine promiſit aut ſolvit, non recte dici poteſt ſine cauſa promiſiſſe aut ſolviſſe, quia hoc ipſum ut a lite diſcedatur ſatis juſta cauſa videtur, *l. in ſumma*, *65. §. 1. ff. de cond. indeb.* atque huc etiam pertinet *l. ſi non*, *6. C. de jur. & fact. ign.*

6. Quid ſi nova inſtrumenta poſtea reperta ſint, quibus adverſarius oſtendere poſſit ſe non fuiſſe obligatum, ejuſque rei judici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu tranſactionem bona fide factam magis quam rem judicatam *l. 4. C. de re jud.* reſcindi jura noſtra patiuntur, *l. ſub prætextu 19. & 20. C. h. t.* quamquam initam ex falſis inſtrumentis retractari jubent, *l. pen. C. eod.* ſed hoc etiam obtinet in re judicata, *tit. C. ſi ex falſ. inſtrum. jud. ſit.*

7. Quamvis autem verum ſit, quod diximus cauſam tranſactione deciſam retractari non poſſe, non eſt tamen uſque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum eſt, quin mutuo utriuſque tranſigentis conſenſu diſſolvi tranſactio poſſit *l. ſi diverſa*, *14. C. h. t. l. nihil*, *35. ff. de reg. jur.* atque hoc pro-

procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re ſecuta, & reddita: quoniam partium conſenſu vis omnis tranſactioni abrogata eſt, *d. l. ſi diverſa, fac. l. ab emptione, 58. ff. de pact.*

8. Unius autem pœnitentia reſcindi non poteſt, nec ſi res adhuc integra ſit, *l. ſi major, 36. l. quamvis, 39. C. h. t.* Nam etſi reus quæ tranſactionis cauſa placita ſunt, præſtare recuſet; tamen ſi aliqua actio ex conventione nata ſit actori, qua quod promiſſum eſt, perſequi poſſit, ea experiri debet, litem deciſam nihilo magis inſtaurare poteſt, *l. ſi pro fundo, 33. Cod. eod.* Idemque eſt, ſi reo promiſſa tranſactionis cauſa non implente, pœna in ſtipulationem deducta ſit, *l. premiſſis, 37. C. eod.* Quod ſi nulla eo nomine actori ſit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem inſtaurare, *l. ſi inſtituta, 21. ff. de inoff. teſtam. l. ſive apud, 28. C. h. t. l. cum proponas, 21. C. de pact.* Cæterum qua non abſolute conſequatur, quod ea actione petit, ſed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus tranſactionis cauſa promiſit, *d. l. ſive apud, Cod. h. t.* bene & plene Donell. *in d. l. ſi major, 36. eodem.*

9. Præterea reſcinditur tranſactio facta cum minore viginti quoque annis, *l. ſi non minorem, 20. in fin. l. ſi majores, 25. l. ſi major, 36. Cod. hoc tit.* a contrario ſenſu. Sed non aliter, quam ſi hæc tria a minore doceantur: 1. ſe minorem 25. annis eſſe. 2. ſe læſum aut captum. 3. ſe imbecillitate conſilii & ætatis lubrico in eam captionem incidiſſe: hoc enim & in aliis cauſis omnibus obtinet, adverſus quas reſtitutionem poſtulat, *l. verum, 11. §. 3. & 4. l. intra, 39. leg. de ætate, 43. ff. de minor. leg. 4. leg. 5. Cod. eodem.*

10. Ad hæc & eam tranſactionem retractari poſſe placet, quæ ex falſis inſtrumentis interpoſita eſt, id eſt cui falſa inſtrumenta cauſam dederunt, cum quis videlicet falſis inſtrumentis ab adverſario prolatis, horum metu inductus tranſegit, *l. pen. C. h. t.* quippe cum eadem ex cauſa etiam res judicata reſcindatur, ut modo diximus, *l. 1. & paſſ. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

11. Non ignobilis hic occurrit quæſtio, an ob enormem læſionem reſcindi debeat tranſactio beneficio *l. 2. C. de reſc. vend.* puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa tranſactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat. Ego ſimpliciter id negandum exiſtimo, nec unam ob rationem. Etenim tranſactio comparata eſt ad lites finiendas, *l. fratris, 10. C. h. t.* ſicut & jusjurandum, cui tranſactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurej.* Et ideo quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. eod. t.* ſic lite tranſactione bona fide ſopita nihil amplius quærendum quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem ſeminarium: eſtque in eam rem textus notabilis in *c. 1. x. h. t.* nec aliam rationem habet, quod placuit nec principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima finitam reſuſcitari oportere *l. cauſas, 16. C. h. t.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata, *l. non minorem, 20. C. eod.* At res judicata prætextu læſionis non retractatur, *l. 4. C. de re judicat.* Et ſicut ex cauſa judicati ſolutum non repetitur condictione indebiti, *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non ſit, *l. in ſumma, 65. §. 1. ff. eod. tit. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa ſolvitur, non datur tanquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ut aliquid ſequatur, *l. nec intentio, 23. C. h. t.* quod apprime notandum eſt. Et ſatis abundeque magna cauſa eſt, cur detur, quod a lite diſceditur, *d. l. in ſumma, §. 1. ff. de cond. ind. ll. gaigne aſſez*, ajunt Galli, *qui ſe met hors de proces*. Adhuc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur, *l. ſub prætex. 19. C. h. t.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poteſt enim inſtrumentum oſtendere liquidum & integrum jus, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. Scævola in *l. Lucius Titius, 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* caſum proponit, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe: qui ſane locus non poteſt intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent: ut putat Chriſtinæus *vol. 3. deciſ. 67. n. 3.* alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet: & quid ſi poſtea tranſactum, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam reſtitutum erat, in hereditate fuiſſe; ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat. Unde intelligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim palam eſt tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtitui: ſecus autem eſſe, ſi quis in reliquum duntaxat conveniri poſſit.

12. Non movet *l. ſi ſuperſtite, 5. C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Nihil enim minus ex iſto loco colligi poteſt, quam tranſactionem bona fide interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Imp. ſi filia immodice læſa fuerit ex liberatione quæ tranſactionem ſecuta ſit novatione & ac-

ceptilatione ſolemniter interpoſita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, liberatione per fraudem filiæ expreſſa, & nimirum, quo ſi adverſus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: ſed illud quoque in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe niſi cum eo, in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio ſit in perſonam, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos competit, ſi de ea re alia ſit actio *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio non ſit, *l. non debet*, 11. *ff. eod.*) non aliter dari poteſt, quam ſi perſona deſignetur, cujus dolo malo factum ſit, *l. ſed &* 15. *§. ult. eod.* nunquam alio colore, aut læſionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormiſſima, ut a pragmaticis vocatur, læſio, V. C. quæ ultra beſſem ſit, dolum rei ipſa inducat, paremque cum dolo ex propoſito vim habeat, commentum eſt interpretum in *l. ſi quis*, 36. *ff. de verb. oblig.* vid Ant. Fab. *c. ſuo for. h. t. def. 4. & de reſc. vend. def. 3.* Cur igitur conſtitutio objecta requirit læſionem immodicam? Reſpondeo, id non debet interpretationem recipere ex l. 2. C. de reſc. vend. quoniam dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimatur, *l. dolus*, 10. *Cod. eod. tit.* nec unquam eſſe poteſt ἀπὸ προαιρέσεως *l. 1. §. 2. ff. de dol. mal.* ſed idto adjectum eſt, quia ſi modica tantum læſio interveniret, non facile adverſus partem actio in factum ſubſidiaria actionis de dolo daretur; ſicut nec dari ſolet actio ipſa de dolo pro modica ſumma adverſus alium quemlibet, *l. ſi quis*, 9. *§. ult. cum l. ſeq. d. tit.* ut bene Ant. Fab. *dec. 1. err. 7.* adde und. *dec. 8. err. 10.*

13. Denique ratio cur actori tranſigenti hoc beneficium concedendum non videtur, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuiſſe, quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat, aut propter impenſas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio. Quæ dubia ſunt, ea certam æſtimationem non recipere ait Ulpianus, *l. 29. §. 3. ad l. Aquil.* imo vix eſt, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æſtimatio: fateor dubium eventum æſtimari poſſe, *l. 23. ff. fam. erc. l. 12. ff. de æſt. empt. l. 12. de her. vend.* ſed nego dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem, *d. l. 29. §. 3. l. quod debetur*, 51. *de pecul.* ac proinde nec certa læſio dici poteſt, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur: & tamen certam eſſe læſionem oportet, & quidem contractus tempore præciſe inſpecto, ut locus ſit *l. 2. l. 8. C. de reſc. vend.* quam ob cauſam etiam recte defenditur, remedium *d. l. 2.* locum non habere in venditione hæreditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur, *l. 8. §. 1. ff. de cont. empt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. 14. §. 1. ff. de her. vend. l. ſi plus*, 74. *§. ult. ff. de evict. l. 1. §. 1. C. eod.* In reo tranſigente non videtur huic quæſtioni locus eſſe, quippe cum nemo plus dare ſoleat, quam ab ipſo petitur: ſed tamen poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam petitur, poteſt tamen dicere ſe nihil debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dediſſe: quo tamen caſu cum ceſſet condictio indebiti, quæ & ipſa ex humanitate & bono atque æquo introducta eſt, *l. pen. ff. de cond. ind.* etiam ceſſare debet remedium *d. l. 2.* Scio Pinellum *ad d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 5.* & bonam cum eo partem interpretum, beneficium *d. l. 2.* porrigere ad quoſcunque contractus, etiam ſtricti juris, ipſamque adeo tranſactionem: ſed ſane beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt; utique non ad tranſactionem, quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt; quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n. 10.* audaci ſane interpretatione & multarum litium ſemina continente optime. D. Andr. Gail. 2. *obſ.* 70. Damhoud. *Prax. civ. c. 200. n. 6. & ſeqq.* Ant. Fab. *dec. 8. err. 10.* Diod. Tulden. *ad tit. C. de reſc. vend. n. 5.* add. Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 288. & vol. 3. dec. 67.* & ibi alleg.

14. Poſtremo etiam tranſactio dolo malo facta reſcindi poteſt, *l. 4. l. ſub prætextu*, 19. *C. h. t.* Non eſt hic ipſo jure nulla, etiamſi dolus cauſam tranſactioni dederit: Nam in ſolis bonæ fidei judiciis hoc receptum eſt, ut dolus dans cauſam contractui eum reddat ipſo jure nullum, *l. 7. pr. de dol. l. in cauſa*, 16. *§. 1. de minor.* in ſtrictis judiciis non item *l. ſi quis*, 36. *de verb. oblig. l. 5. C. de inut. ſtip.* cujus generis conſtat eſſe tranſactionem. Et ideo quod in *l. in ſumma*, 65. *§. 1. ff. de cond. indeb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, tranſactionem imperfectam eſſe & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus ſummum: hoc enim ipſum, quod repetitio dari dicitur, ſatis arguit pecuniæ ob tranſactionem datæ dominium eſſe translatum, & ſummo jure proceſſiſſe, quod geſtum eſt. Cæterum qui dolo adverſarii deceptus eſt, & circumventus, in hoc, ut tranſigeret; ſiquidem actor eſt, eique adhuc supereſt actio, veluti ſi tantum pactus eſt ſe non petiturum, poterit inſtaurare actionem, reumque excipientem de pacto doli mali replicatione removere *d. l. ſub prætextu*, 19. *C. hoc tit. l. 5. C. de pact.* Si autem vetus actio ſublata eſt, ut ſit cum actor reum interpoſita ſtipulatione Aquiliana, & ſecuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus conſtitutum exercere actionem de dolo *dict. leg. ſub prætextu*

textu

textu l. 4. C. eod. Reus deceptus ſi nondum præſtitit, quod tranſactionis nomine promiſit, habet, ſi conveniatur, exceptionem doli: ſi præſtitit, habet ultro condictionem ſine cauſa, qua repetat datum ob eam cauſam, quam jure non ſubeſſe poſtea apparuit, *l. 1. ff. de cond. ſine cauſ.* Don. *ad d. l. ſub prætextu, & l. pen. C. h. t.*

15. Jurata tranſactio non tantum ſervari jubetur, ſed etiam in eum, qui non ſervat & contra eam venit, pœna ſtatuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut pœnam conventam ſolvat, & tamen agere non poſſit, *l. ſi quis major. 41. C. h. t.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25. annis, ac proinde ad minorem porrigenda non eſt, maxime cum ſit pœnalis, *fac. l. fere in omnibus, 108. l. factum cuique, 155. §. 2. de reg. jur. c. in pœnis, x. eod. in 6.* Sed an iſta conſtitutio etiam pertineat ad tranſactiones ipſo jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæſitum eſt. Reſpondeo tales tranſactiones jure civili per jusjurandum non confirmari, *l. ſi ex falſis, 42. C. h. t. l. 5. C. de legib. l. 7. §. 16. ff. de pact. l. ſi quis, 112. §. ult. de legat. 1.* ſecus autem eſſe de jure Canonum, per *c. cum contingat, 28. x. de jurej. c. quamvis, de pact. in 6.* Exempli gratia, non valet jure civili tranſactio de alimentis teſtamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamſi jurata ſit: jure tamen canonico talem tranſactionem jurejurando firmatam valere ſatis ſuperque credo me oſtendiſſe *ſup. c. 5.*

16. Circa effectum tranſactionis etiam quæritur de vi ac poteſtate generalis clauſulæ, quæ nonnunquam tranſactioni de re una, aut etiam pluribus expreſſim factæ, ſubjici ſolet: qua ſcilicet cavetur, *omnia eſſe amicabiliter tranſacta & terminata, actoremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Reſpondeo, eam hujus generalis clauſulæ interpretationem faciendam eſſe, ut non de aliis cauſis tranſactum videatur, quam quæ ſpecialiter deductæ fuerunt in præſentem; neque generalem hujuſmodi clauſulam, quamvis adjectum non ſit, *eo nomine*, trahi debere ad controverſias, de quibus ſpecialiter dictum aut cogitatum non fuit, *l. qui cum, 9. in fin. ff. h. t. l. ſi de certa, 31. C. eod.* & ibi poſt alios pulchre Mornacius. Quod adeo verum eſt, ut tametſi ſtipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes, *l. 4. ff. eod.* ſed etiam actiones in rem; *l. ut reſponſum, 15. C. eod.* attamen generalis clauſula ſtipulationis Aquilianæ hujuſmodi tranſactioni ſubjecta non alias quæſtiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit, *l. 5. ff. eod.*

17. Ubi pro eo, quod vulgo legitur, *Liberalitatem enim captioſam interpretatio prudentum fregit.* Grotius in *ſparſ. flor.* poſt Deſiderium Heraldum deponit, *Liberationem enim captioſam interpretatio prudentum fregit.* Er recte: neque enim de donatione agit juriſconſultus, ſed de liberatione, quam affert novatio, quæ ſic per Aquilinam ſtipulationem & præcedentem obligationem perimit, quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l. Divus Pius 28. de reg. jur.* Quidam vir doctus *c. 24. ad jus Attic.* legi vult, *Liberalitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud noſtros haud temere reperias: & videtur auctor iſte parum æqnus in Heraldum judex: aut certe aliquid humani paſſus contradicendi ſtudio.

18. Nam & *c. 25.* ubi cum in *l. & ſi quis, 14. §. ſed interdum, 7. ff. de relig.* ita ſcriptum ſit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis; vel ipſius humanitatis*, &c. eam ſcripturam mordicus retinendam cenſet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hæreditatis* judicaſſet, quo nec verius reſtitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadverſa eſt: quod & Grotio in *flor. ſparſ.* viſum. Nam humanitas ad ſequens & oppoſitum membrum pertinet; nec aliud eſt, quam miſericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve eſt. Rara enim magna ingenia ſine hujuſmodi nævulis: quibus nec ipſe Ariſtoteles caruit; nec veteres JC. præſertim Labeonis, Epitomates, Javolenus & Paulus, ut alibi oſtendo.

19. Cæterum quod diximus, etiamſi tranſactioni de controverſia aliqua factæ ſubjecta ſit clauſula, *nihil amplius peti*, non addito *eo nomine*; tamen eam clauſulam trahendam non eſſe ad eas res aut cauſas, de quibus actum non eſt, ei obſtare videtur locus Scævolæ in *l. qui Romæ 122. §. ult. de verb. obl.* ubi talis ſpecies proponitur: Duo fratres conſortes paternam hereditatem inter ſe diviſerunt, tranſigendi, ut plerumque fieri ſolet, cauſa, *l. tres fratres 35. ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil ſe contra eam diviſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit.* Erant autem teſtamento patris invicem rogati, ut qui prior ſine liberis vita fungeretur, partem ſuam fratri ſuperſtiti reſtitueret. Uno igitur ex iis ſine liberis defuncto aliis ſcriptis heredibus, ab his ſuperſtes frater hereditatem petiit ex cauſa fideicommiſſi. Ait juriſconſultus adverſum eum pronunciatum eſſe, quaſi de hoc quoque in diviſione tranſactum fuiſſet, nempe eum repulſum eſſe exceptione tranſactionis, cum tamen, ſi vera ſunt quæ diximus, diviſio illa per ſe non ſit idoneum argumentum remiſſi fideicommiſſi. Reſpondeo, judicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt; neque enim veriſimile eſt eo ſolo motum fuiſſe, quod fratres bona paterna tranſactione interpoſita diviſiſſent, ſed quia aliunde ei liquebat & ſatis probatum erat, de fideicommiſſo quoque fratres inter ſe tranſegiſſe. Quod ſi hæc reſponſio, quæ Cujacii eſt, non placet, dicam perperam illic a judice pronuntiatum fuiſſe, quod & aliquo modo ipſe Scævola innuere videtur. Notum autem rem judicatam pro veritate haberi, eique ſtandum eſſe, etiamſi male judicatum ſit: & ob

id etiam pœna in caſu propoſito cenſetur commiſſa, *d. §. ult. in fin.* & ita judicatum in ſupremo ſenatu Hollandiæ deciſæ 43. & curia Friſiæ, Sande *l. 4. tit. 5. defin.* 14.

20. Plane ſi tam aperta & enixa ſint verba generalis clauſulæ, ut dubitari nequeat, quin de quæſtionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter tranſigentes actum appareat, ne qua litis materia ſupereſſet, neu quid relinqueretur indeciſum, tunc non debet illa generalis clauſula coanguſtari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & tranſactum ſit, & quæ tranſactioni occaſionem cauſamque dederit: ſed generalis deciſio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter tranſigentes ſuperſit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu diſcedere voluerunt; Gloſſa notabilis in *l. ſub prætextu*, 29. *C. h. t.* Duar. *ad h. t. c. 4. in fin.* Mornac. *in d. l.* 29. idque eſt, quod veteres quidam dicere ſolebant, caveant ſibi contrahentes a ſtipulatione Aquiliana. Ant. Fab. *C. ſuo for. h. t. defin. 6. & 12.* Illud autem extra omnem controverſiam poſitum eſt, tranſactionem generalem factam ſuper petitione generali efficere tranſigentibus etiam quoad ſpecies poſtea repertas; quæ tempore tranſactionis latebant, dummodo ad idem genus pertineant, *d. l. ſub prætextu*, 29. *C. h. t.* & ibi Gloſſ. & DD. ut idem hic ſit effectus tranſactionis qui & ſententiæ ſuper petitione generali latæ: conſtat autem ſententiam conformem eſſe debere libello, id eſt, petitioni & conteſtationi, *l. ult. C. de fideic. libert.* & ita cape Mornacium in *d. l.* 29. cum ait hujuſmodi tranſactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non eſt; quod alioqui falſum eſt. Nunquam enim tranſactio, quantumvis generalis, trahenda eſt ad eas res, de quibus inter tranſigentes nec actum nec cogitatum eſt, *leg. 5. leg. qui cum tutoribus*, 9. §. 1. & *ultim. ff. hoc. tit.* Bene & diſtincte Donell. *diſt. lib.* 29.

FINIS.

I N-

I N D E X

Rerum & Verborum.

A

ACcuſatori demum inchoata accuſatione licita de crimine capitali transactio. 136. & ſeq.

Actio alia non datur ex pacto in continenti bonæ fidei contractui appoſito, quam ejus contractus, cui appoſitum. 35. niſi tendat ad diſſolution. contract. 35

Actio præſcriptis verbis & nomine & re incerta eſt, an concurrat cum actione nominata. 35

Actus plus eſt in ſpecie, quam in genere. 2

Actus agentium non operantium ultra eorum intentionem. 44

Actio confeſſoria aut negatoria an competat pro tuenda juriſdictione. 44

Actio confeſſoria aut negatoria an competat pro ruenda juriſdictione. [illegible]

Actio ex maleficio orta an admittat tranſactionem, cum civiliter agitur. 125

Actiones hereditariæ poſt collationem demum cum effectu exerceri poſſunt. 115

Actiones omnes tam in rem, quam in perſonam tranſactionem admittunt: etiam præjudiciales. 126.

Actus juriſdictionis & mixti imperii plane diverſi. 73

Addictio in diem & lex commiſſoria videntur pacta legitim. 9

Adminicula contractus. 27

Adminiſtratio negotiorum puberis etiam ad res contrahendas pertinet. 45. & ſeq.

Æſtimatoria actio an nominata. 19. 20

Adventitia jure noviſſimo in collationem non veniunt. 101

Adoptio, manumiſſio, emancipatio apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, exerceri non potuerunt. 77

Nec potuerunt apud legatum proconſulis. 77

Adulterium an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter. Cur de eo tranſigere vetitum quamvis capitale factum. 140. 141

Alienandi jus qui non habet, nec obligandi habet, & contra. 45.

Alienationis prohibitio conventionalis & teſtamentaria. 48

Alimentarii tranſactio ſine prætore facta, ſed juramento firmata an valeat. 134

Alimentis homini locupleti relictis an tranſactio citra prætoris cognitionem valeat. 132

Alimentorum appellatione quid continentur. 131

Alimentorum cauſa non ſemper relictum intelligitur, quod in annos ſingulos relinquitur. 160

Ἀμνηστία. 5

Ἀπόῤῥητα. 7

Argentariis uſuræ debentur ex nudo pacto. 9

Argumentatio a conventione nominata ad innominatam non procedit. 23. 24

Argumentum a pignore generali ad pignus illatorum non procedit. 39

Argumentum a majori ad minus non procedit in iis, quæ ſunt meri imperii. 67

B

BOnæ fidei judiciis exceptiones pacti & doli inſunt. In bonæ fidei judiciis uſuræ etiam ex pacto debentur. 31

Bona collata fiunt effectu hereditaria. 115

Bona, quæ filius in poteſtate patris non acquirit, ea emancipatus non confert, quæ ille acquirit, hic confert. 99. & ſeq.

Bona caſtrenſia & quaſi, non conferuntur. 100

Bonorum poſſeſſionem dare licet ſit voluntariæ juriſdictionis mandari tamen poteſt. 74

C

CApitale crimen quid, & unde dicatur. 136

Caſus, quibus procedit tranſactio de alimentis citra prætoris auctoritatem. 134

Cauſa etiam frivola excludit præſumptionem donationis. 40. 41

Cauſæ nomine quid veteres intelligant, cum ajunt ex conventione innominata, cui cauſa ſubeſt, actionem naſci. 20. 21

Cauſa plerumque pro impleta habetur cum caſu factum, ut impleri nequeat. 19

Cauſæ cognitionis prætoriæ an mandari poſſint. 78

An mandata ſimpliciter juriſdictione tranſeant. 78. 79

Cautione quomodo collatio fiat. 113

Quid ſi quis ob inopiam cavere nequeat. *ibid.*

Chirographum reddens creditor tacite paciſci videtur, ne petat. 39. Quid ſi cum duo haberet, unum tantum reddiderit. 40

Civilibus cauſis qui præeſt, ex prorogatione de criminalibus cognoſcere non poteſt, & contra. 83. 84

Civitatibus ex nudo pacto debentur uſuræ. 7. 8

Codicillis factis etiam olim procedebat collatio, ſive de toto ſive de parte diſponerent. 98. 99.

Codicillis relicto contentus ad collationem non urgent. 99

Coercitiones quædam mixto & mero imperio communes. 74

Cognitio de tranſact. alimentorum non eſt juriſdictionis, ſed ſpecialis conceſſionis. 131

Cognitio de tranſact. alimentorum eſt juriſdict. ordin. ſed ſpecialis conceſſion. 159

Cognitio & pronunciatio ſuper quæſtione ſuſpecti tutoris juriſdictionis eſt. 78

Collatio quomodo fiat. 111

Collation. definitio vulgata reprehenſa. 90. Alia ab auctore ſubſtituta & expoſita. *ibid.*

Collatio fit deductis impenſis neceſſariis, & ſine uſuris & fructibus. 114

Collatio fit pro portionibus hereditariis, cum inſigni citra hanc rem diſtinctione ex ratione juris veteris. 113

Col-

Collationis productio ad donationem propter nuptias, ad nepotes & neptes cum filiis ſuis avo & aviæ ſuccedentes, ad ſucceſſionem ex teſtamento. Ejuſdem juris reſtrictio. 89. 90

Collatione fungi jure noviſſimo etiam qui diverſo jure veniunt. 95. 96.

Collationi, quæ alias ceſſaret, toties locus eſt, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas. 105. 106

Collationi obnoxia ea ſolum, quæ tempore mortis parentum jam quæſita ſunt conferenti. 107. 108

Collatio inter adſcendentes locum non habet, nec inter lateales. 94

Collatio interdum officio judicis inducitur. *ibid.*

Collatio olim locum non habuit, ubi unus e filiis inſtitutus, alter exheredatus erat. 95

Collationis variæ ſignificationes. 89

Collationis neceſſitas quam ob cauſam primum introducta. *ibid.*

Collationem excludit defuncti voluntas non tantum expreſſa, ſed etiam ex evidentibus conjecturis elicita. 97

Collationi non eſt obnoxium, quod datum eſt ultra portionem hereditariam. *ibid.*

Commodum ſimul & ex pacto & ex ſtipulatione pœnali ferre æquum non eſt. 119. 120

Condictio ob cauſam dati perpetuo ſeparatur ab actione præſcriptis verbis. 16

Conſtitutum quod pactum honorarium pro legitimo habendum. 9

Continens quid. Continentes provinciæ. Continentia urbis ædificia. Ex continenti, ſive in continenti. 5

Contractus quid. Contractus nominati. 19. 20

Contractuum innominatorum genera. 20. 21

Conventio de pignore, quæ pactum prætorium, pro legitima habenda. 9

Conventio gratuita de remittendo legato condition. an valeat. 53

Conventio nuda. 10

Conventio privata legitima. 9. publica. 5

Conventio temeraria, ſimulata, jocularis non meretur nomen conventionis aut pacti. 19

Conventiones innominatæ, quæ terminos nudi placiti non egrediuntur, non ſunt contractus. Non competit ex his actio ſolo jure conventionis. Non poteſt his accommodari formula actionis præſcriptis verbis. Non naſcitur ex his duplex actio, una jure conventionis, altera ex perfectione & ſecundum perfectionem contractus. Obligatio in his non habet vim implementi. 20. 21

Conventionis nomen generale. 2. 3

Conventionis vox πολύσημος. Nunquam uſurpatur in ſpecie pro conventione aliqua oppoſita pacto. 12

Crimen non perimitur abolitione. 138

D

Decidere pro tranſigere. 118

Defenſores civitatis non iidem, qui ſyndici aut curatores civitatis. 122

Depoſitum aut precarium ante tempus repetens non facit contra obligationem. 24. 25

Diſcrimen circa modum conferendi inter jus vetus & novum 114.

Diviſio juriſdictionis in civilem & criminalem a juris Romani uſu aliena. 64

Dolus malus eſt, qui poſt fidem datam adhibetur. 7

Donare pro in peculium dare apud noſtros non uſitatum. 111

Donatio ſimplex filio emancipato facta an conferenda. 111. 112

Donatio ſimplex hodie quorundam moribus confertur. 112. 113

Donatio uni ex liberis ob ſingulare meritum facta an collationi obnoxia. 106

Donatio ſimplex quibus caſibus conferatur, regulariter non confertur, non facta filio in poteſtate conſtituto. 109

Donationis pactum in præſens conceptum eſt conventio legitima. 8. 9

Dos & donatio propter nuptias quando quibus caſibus conferantur. 106

Dotis pollicitatio pactum legitimum. 8. 9

Dux belli citra ſpeciale mandatum pacem facere non poteſt. 5

De quibus rebus recte paciſcatur. 6

E

Eccleſiaſtici proprios judices habent. Jure Can. penitus exempti juriſdictioni magiſtratus politici. 85

Contra in ditionibus fœderati Belgii. 85

Edictum de pactis pertinet ad conventiones omnes. 2. 3

Effecta naturalis obligationis pupilli. 41. 42

Effectus juriſdictionis prorogatæ. 86

Effectus tranſactionis ſuper crimine capitali factæ, per hanc tranſactionem non fit præjudicium cauſæ publicæ. Non eadem hujus tranſactionis vis, quæ rei judicatæ. 137

Emancipatus ei ſoli confert, cui aliquid aufert. 91. 92

Emancipatus quo caſu ad collationem vocetur ex ſententia edicti. 92

Emancipati ſoli ex edicto ad collationem vocantur. 91

Emancipati hodie non conferunt, quæ ipſis aliunde quam a patre obvenerunt. 92. ex teſtamento hereditatem abſtinentes ex edicto non conferunt ſuis heredibus. 93. ex edicto ſibi invicem non conferunt. 94

Error in perſona impedit conſenſum. 86

Exceptione dilatoria oppoſita an tacite prorogata intelligatur juriſdictio. 86

Exceptio doli ſubſidiaria pacti. 48.

Exceptio fidejuſſori ſemel quæſita an ei adimi poſſit pactione debitoris. 49

Exceptio per prius pactum quæſita per poſterius non ipſo jure, ſed per replicationem eliditur. 61

Extraordinariæ juriſdictionis quæ ſunt, mandata juriſdictione non tranſeunt. 77

F

Factum in pactis verſari quo ſenſu dicatur. 61

Falcidia an vivo teſtatore privata conventione remitti queat. 53.

Familiæ ſuſtentandæ gratia data in collationem veniunt. 106

Fideicommiſſum interdum in contractibus conſtituitur. 48

Fidei obſervatio eſt ex jure gentium. 7

Ei-

Fides data ſervanda etiam hoſtibus, prædonibus &c. 7

Fidejuſſoris pactum non prodeſt reo, niſi perſona rei expreſſe comprehenſa. 49

Fides ſanctiſſimum humani pectoris bonum. 15

Filiæf. item filiæ emancipatæ quam dotem quibus conferant. Quid jure veteri hic obtinuerit. 103.

Filiif. ex edicto nihil conferunt. 89. filiaf. dotem confert ex reſcripto D. Pii. *ibid.* & 89

Filii & ſervi pactum prodeſt patri & domino. 48

Filio in poteſtate herede inſtituto, & emancipato præterito, ſi emancipatus acceperit contra tabulas, conferre debet, licet frater ex teſtamento hereditatem obtineat. 94. filio & nepote ex eo heredibus inſtitutis ceſſat collatio. 95

Filia ſtatuto a ſucceſſione patris extantibus maſculis excluſa, ſi cum fratribus heres ſcripta ſit, immunis eſt collationis. 98

Filius non tenetur conferre dotem uxoris ſuæ, nec dotem, quam filiæ ſuæ dedit, niſi ad eum reverſa ſit. 103. 104

Filius tenetur conferre pecuniam, quam ſibi ſtudiorum cauſa miſſam diſſipavit. 105

Fiſci procurator generalem in cauſis civilibus juriſdictionem habet. 84

Forma prorogandæ juriſdictionis. 81

Forma prorogationis de perſona ad perſonam. 84

Fructus adventitiorum an ab emancipatis conferantur. An horum fructus percepti a filiofam. conferendi. 101

Frugum æſtimatio ſubinde mutatur. 8

Frumenti mutuo dati uſuræ debentur ex pacto. 8

Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an uſusfructus debeatur. 132

Furioſorum & mente captorum pacta. 42

G

Genus non eſt particeps differentiarum. De ſpecie ſua prædicatur, & non convertitur. 2

Geometrica æqualitas in collatione ſpectatur. 116

Gratuita pactio de controverſiis, quæ ex teſtamento oriuntur, an valeat citra inſpectionem tabularum. 54. de alimentis teſtamento relictis ſine prætore. 54

H

Hereditas vendi poteſt & quæ nondum delata eſt. 57. An pactis conſervari queat. 57

Hereditate diviſa non interveniente collatione poteſt nihilominus collatio peti. 104

Heres ultra portionem hereditariam obligari non poteſt. 97

Hypothecam inter & pignus quid interſit. 4

I

Imperium merum cur ſic dictum. 65. Quid ſit. 65. An condemnatio ad perpetuos carceres ſit meri imperii. 65

Infans & infantiæ proximus parum a furioſo diſtant: & quibus in cauſis diſpar eorum conditio. 43

Infantiæ proximi & proximi pubertati comparatio. 44

Ingreſſus, initium contractus. 29

Inſtrumento reddito, quo alius quoque obligatus, quid juris. 40.

Intentionem ambiguam pro actore interpretamur. 59

Interdictio bonorum non juris eſt, ſed juriſdictionis. 43

Intervallum, ex intervallo. 29

Invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo tacite ſunt pignori locatori. 36. 37

Illata in prædium ruſticum non aliter, quam ſi id nominatim convenerit. 38

Jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere juriſdictioni adſcribenda, non mixto imperio. 74. 75

Judici a principe dato etiam juriſdictio mandata intelligitur. 79 Quæ hujus rei effecta. 80

Judicis dandi licentia ad quam ſpeciem juriſdictionis pertineat. 72.

Judicibus pedaneis male comparantur JC. quos judices ſubalterni hodie fere conſulere ſolent. 78. 79.

Juratæ tranſactionis vis. 148. 149

Jure gentium mero nulla in civitate vivitur. 14. 15

Jure naturæ & gentium etiam ex nuda conventione obligamur. 17

Juriſdictio nulla ſimplex, ſi conſideretur in concreto. 70. 71

Juriſdictionem qui habet etiam mixtum habet imperium. 75. 76

Juriſdictionis in genere acceptæ definitio cum exegeſi. 71

Juriſdictionis autem eſt, non mixti imperii. 73. 74

Juriſdictio quot modis accipiatur. 70. 71. Quando tacite prorogata cenſeatur. 85

Juriſdictio contentioſa quid, & quæ eo ſpectent. 88. Voluntaria, & quæ ejus generis. 72

An ſemper extra provinciam explicari poſſit. 73

Juriſdictio ordinaria, & quæ eo pertinent. Extraordinaria, & quæ hujus generis. 72

Jus civile non debet exigi ad mera juris gentium præcepta. 14. 15

Jus dicere & judicare diverſa. 66. 67.

Jusjurandum omne ſponte præſtitum ſervari debet, ſi non redundet in præjudicium alterius, aut diſpendium ſalutis. 54. 55

L

Legata & fideicommiſſa non ſubjiciuntur collationi. 108 109.

Legatum filio relictum cum pater morietur, an contributioni obnoxium. *ibid.*

Legatus proconſulis propriam juriſdictionem non habet: nec eſt magiſtratus. 76

Legitimatio non pertinet ad juriſdictionalia. 73

Legitima conventio. 8

Legitima pacta & in continenti adjecta diverſo reſpectu & nuda & veſtita dici poſſunt. 19. & ſeq.

Liberatorium pactum ipſo jure naturalem obligationem tollit. 61.

Liberi inter ſe collatione funguntur, quamvis cum his extraneus heres ſcriptus ſit. 97

Liberi, qui ſunt in adoptiva familia quando conferant fratribus naturalibus. 93

Liberi invicem conferunt, etiamſi ex capite unde liberi excluſi ex ſequentibus admittantur. 93

Liberi ex inferiore ordine venientes, nihilominus jure liberorum ſuccedunt. 93

Libri a patre filio literis operam navanti ſuppeditati an conferantur. 100. an dati filio titulum Doctoris adepto. 100

Libri, inſtrumenta mathematica &c. fil. data an collat. ſubjecta. 105

Lo-

Digitized by Google

Locupletior nemo fit ex ſola promiſſione aut ſuſceptione alienæ obligationis. 45
Lucrum induſtria filii ex re patris partum, an & quatenus conferendum. 107
Lytron quod pro filio ab hoſtibus redimendo pater ſolvit, non venit in collationem. Quid ſi ſolverit quid pro filii delicto. 105

M

MAgiſtratus nullo exiſtente accuſatore in crimen inquirere poteſt. 139
Magiſtratus non facit quævis juriſdictio ſed ea, in qua principem locum obtineat. 76
Magiſtratus ſoli propriam juriſdictionem habent. 75
Mandare juriſdictionem is ſolus poteſt, qui eam ſuo jure habet. 76. & ſeq.
Mandari juriſdictio non poteſt iis,qui judices eſſe non poſſunt. 77
Mandata juriſdictio quando intelligatur. Quatenus tranſeat. 79
Mandata a Principe ejus propria efficitur, cui mandata eſt: & ejus rei effecta. 79
Mandata iuriſdictio quid. 76
Mandatarius juriſdictionis ſimplex & purus eſt vicarius non magiſtratus. Sententiam, quam dixit, exequi poteſt: judex datus non item. 76
Mandator & mandatarius obligantur ſub disjunctione, hic ut mandatum impleat, aut tempeſtive renunciet, ille ut impleri patiatur, aut revocet. 78
Matrimoniales cauſæ an tranſactionem admittant. 126
Matrimonii nobilioris perſonæ conciliandi gratia datum an conferendum. 106
Matrimonio conſtante ſi de collatione agatur quid juris. 103. 104
Merces indicii peti non poteſt ante indicium. 16
Merum imperium non idem quod jus vitæ ac necis: nec idem, quod ſummum. 69. 70
Merum imperium ſuo jure ſolus habet Princeps, magiſtratus nudum ejus exercitium, contraria Azonis ſententia quomodo defendi queat. 69
Merum imperium mandari non poteſt extra cauſam neceſſariæ abſentiæ, 63. ne ab eo quidem, cui Princeps cauſam criminalem commiſit. 68. Quid in cauſa infirmitatis. 68. An delegabile jure Can. 69. Quid in Toparchis. 66
Meri imperii exercitio qua ratione ad bruta quoque animalia extendatur. 66. Item ad noxiorum hominum cadavera. 66
Meri imperii appellatione continetur etiam jus de criminibus cognoſcendi. 66
Merum imperium qui olim habuerint: qui poſt Principem conſtitutum; qui apud nos. 66. & ſeq.
Militiæ verbo quid paſſim apud noſtros ſignificetur. 107
Militiæ ex caſu nullæ ſunt. *ibid.*
Mixtum imperium an mandari queat. 78
Mixtum imperium quid ſit, & qua in re a juriſdictione differat. 73
Mixti imperii diviſio in id, quod juriſdictioni ineſt, & cui inſit juriſdictio, commentitia eſt. 75.
Mos dandi judices apud Belgas fere exolevit. 81
Municipales magiſtratus non habent omnes partes mixti imperii. Non poſſunt facere, quæ imperii magis ſunt, quam juriſdictionis. 71. & ſeq.

N

NAtura contractus. 23. 24
Negotiationis &c. exercendæ cauſa data certo jure conferuntur. 106
Nepotes & neptes quando & quibus dotem aut donationem propter nuptias conferre debeant. 102
Notio quid, & quam varia hujus vocabuli ſignificatio. 70
Nuda pacta non ſunt contractus: nec legitima aut incontinenti adjecta. 25. & ſeq.
Nudum pactum eſt, cum quis pollicitus eſt emere aut vendere. 23
Nudum pactum etiam jure Romano obligationem naturalem parit. Aliarum gentium & noſtris moribus ac jure Can. etiam actionem producit. 18
Nudum pactum quid. 10
Nudum non eſt vox alienans, ſed diſcernens. 10. 11
Nudum pactum tam proprie Pactum, quam veſtitum. Nudum etiam, quod ſerium. 13

O

OBligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus acquiritur pro portione hereditaria. 58
Obligatio naturalis ex pacto, niſi perſonæ qualitas obſtet, eadem efficta jure civili habet, quæ mixta, dempta una actione. 60
Obligationes nudi conſenſus rebus integris ipſo jure contrario nudo conſenſu tolluntur. 62
Obligationi ſemel ſuſceptæ invito adverſario renuntiare non licet. 30
Obligationis origo in conventionibus innominatis non a nudo conſenſu, ſed a datione aut facto ad conſenſum accedente proficiſcitur. 22
Officia, quæ aut vendi poſſunt, aut ad heredes tranſmitti, conferri debent. 107
Oratio etiam generalis accipienda de his, de quibus actum eſt. 34
Orationes principum cur etiam ſenatuſconſulta appellantur. 131
Ordinariæ juriſdictionis quæ ſunt, ſola mandari poſſunt. 74
Ordo naturæ non idem ſemper, qui ſcripturæ. 33
Ordo judicum in decurias deſcriptorum diſcretus a conſilio centumvirali. 66. 67

P

PAciſcens cum malefico qua tali, de remittenda pœna agere cenſetur. 7. 8
Pacta adjecta traditionibus rerum quid operentur. 31. 32
Pacta circa adminicula, circa naturam, circa ſubſtantiam contractus. Naturam contractus egredientia. 27. 28
Pacta circa ſucceſſionem viventis improbata, etiam reciproca: exceptis militum. An ſtatuto confirmari poſſint; an juramento; an quando, & quatenus de hereditate tertii. 54. & ſeq.
Pacta contra jus publicum, vel de ſtatu perſonæ facta non valent. 52.
Pacta ex continenti facta de re quæ in ſtipulationem deducta eſt, ſtipulatione continentur. 31
Pacta incontinenti adjecta in bonæ fid. judiciis etiam ex parte actoris inſunt, actionemque pariunt: ex intervallo facta, ſoli reo proſunt ad exceptionem. 26
Pacta appoſita ſtricti juris judiciis a parte actoris non inſunt. 31
Pacta in perſonam non egrediuntur perſonam paciſcentis. 41. 42
Pacta in rem, quibus proſint. 42
Pacti definitio.

Pa-

Digitized by Google

Pacti generali ſignificatione contractus quoque contineri . 2
Pacti obſcuri vel ambigui interpretatio pro quo facienda . 59.60
Pactione an uni ex heredibus conſuli poſſit . 47. 48
Pactiones ad liberandum comparatæ, item de emendo, permutando &c. non ſunt contractus . 2
Pactio, quæ per ſe non valet, an vires accipiat a jurejurando.54.55
Pactum conventum,& pactum figurate pro inſtrumento pacti .3.4
Pactum conventum idem quod pactum ſimpliciter. 3. & ſeq.
Pactum conventum non eſt proprie pactum ſcriptum . 4. & ſeq.
Pactum & pactio idem. 1
Pactum filii perſonale quatenus proſit patri . 47
Pactum majoris partis creditorum an & quando aliis noceat. 50 51. An & quando abſentib.51. An & privilegiariis & hypothecariis. 51. Quid hic noſtris moribus . 51
Pactum nudum,licet ſerium,jure Rom. actionem non producit . 14
Pactum nudum non explicationis tantum ſed etiam diſcretionis cauſâ dicitur. 10. 11
Pactum nudum producit obligationem naturalem. 18
Pactum paſſim pro pacto nudo. 3. & ſeq.
Pactum, quo futuræ ſucceſſioni renuntiatur. 58
Pactum reale filii aut ſervi quando patri aut domino noceat.46.47
Pactum unius ex correis debendi aliis non prodeſt,niſi ſint ſocii.49
Pactum unius ex reis ſtipulandi an alteri noceat . 58. 59. & ſeq.
Pactio an criminibus non capitalibus prohibita. 141. 142
Pœnitentiam non admittunt contractus innominati , qui finiendarum litium gratia ineuntur . 24
Patris pactum quando & quatenus filio proſit. 47
Patris tranſactio de bonis filii an & quatenus procedat . 122
Peculii filiorumf.diſtinct.99.100
Permutatio an contractus nominatus . 19. 20
Perſonale pactum rei an hodie proſit fidejuſſori . 41. 42
Pignore ultro & ſimpliciter reddito , videtur vinculum pignoris remiſſum . 39
Pignus remittere videtur creditor reddens chyrographum . *ibid.*
Placiti ſine ſtare quid . 13
Pollicitatio . 2. 3. & ſeq.
Poteſtas cognoſcendi de cauſa civili cur ſola juriſdictionis nomen acceperit. 65
Pœna de crimine non capitali poſt lit.cont.tranſigentium.141.142
Prædones communionem habent juris naturæ . 6. 7
Præfectus urbi cujus rei cauſa creatus . 67
Præfecti prætorio officium ut variaverit . *ibid.*
Præſcriptione an acquiratur juriſdictio . 86. & ſeq.
Præſes provinciæ jus deportandi non habuit . 67
Prætor non idem, qui judex quæſtionis . *ibid.* & ſeq.
Prætoris tutelaris juriſdictio ad alias cauſas prorogatione extendi non potuit . 44
Præſcriptis verbis actio non datur , niſi ex contractu . 22
Præſcriptis verbis actio poteſt concurrere cum alia: licet vulgari & bon. fid. 35
Prætori in tranſactione alimentorum examinanda . 133
Prætor pacta ſervat data actione aut exceptione . 2. & ſeq.
Prætor pro tribunali de tranſactione alimentorum cognoſcere debet. 131
Princeps pacem faciendo privatorum injurias per cauſam belli acceptas remittere poteſt, contrahendo cum ſubditis privatorum jure utitur . 5
Procurator Cæſaris tranſigere omnino non poteſt . 122
Procuratoris pactum prodeſt domino ad exceptionem doli . 47
Procuratoris pactum quando noceat domino. 46. 47
Prodigi cum minore collatio.42
Prodigi & furioſi ſimilitudo & diſſimilitudo. 42. & ſeq.
Prodigo an bonis interdicatur ipſo jure.an decr.magiſtratus . 43
Promiſſio impunitatis aut præmii facinus aliquod detegentibus ſervanda . 7. 8
Propria juriſdictio quid , & qui eam habeant . 76
Propria juriſdictio quibus modis finiatur . 86. 87
Prorogandę juriſdict. mod.de loco ad locum veterib.incognitus.82
Prorogari an poſſit juriſdictio mandata . 82
Prorogari an ita juriſdictio poſſit, ut judex quolibet loco in ſuo territorio jus dicat . 82. 83
Prorogatio de tempore ad tempus an veteribus cognita . 83
Prorogatio de re ad rem , & quę ad eam neceſſaria. 83
Prorogata juriſdictio quid, & quo colore ſuſtineatur. 81
Prorogata juriſdictio quando finiatur , quando mandata . 86
Prorogatio fieri non poteſt in rebus diverſi generis . 83
Prorogatio de perſona ad perſonam. 83
Prorogationi non eſt locus niſi inter eos, qui communi imperio ſubjecti. 81. nec in diverſis magiſtratibus , qui ſimul ſunt domini territorii . 81.In prorogatione ſolus partium conſenſus requiritur. Eum,in quem conſenſum eſt, aliquam juriſdictionem habere debere. 82
Prorogatio quando procedat,ſi de aliis cauſis judex aditus ſit, quam quibus præfectus eſt . 84
Pubes curatorem habens an ex contractu ſine curatore obligetur . 44. & ſeq.
Pupillus pubertati proximus an ex contractu ſine tutore inito naturaliter obligetur . 44
Pupillus licet pubertati proximus,ſine tutore non recte tranſigit . 44

Q

Quantitatis ad quantitatem prorogatio . 44
Querela inofficioſi teſtamenti a defuncto omnis ab herede inſtaurari non poteſt . 98
Quomodo quo effectu ſe quis ſubjiciat juriſdictioni alicujus,& quid hic apud Batavos . 84

R

Reges Siciliæ, Neapolis &c. Duces &c. Germaniæ,veros eſſe principes, jura regalium habentes. 69
Repudiationis & pacti differentia . Noſtris moribus inſuper habetur . 53. & ſeq.
Res dubia in cauſa tranſactionis quæ dicatur . 118. 119
Res geri cœpta a delegato quando dicatur . 86
Re quomodo collatio fiat . 113
Res ipſa,de cujus collatione agitur,an in ſpecie conferenda.Quid ſi alienata ſit . Quid ſi rei ipſius col-

collatio conferenti damnoſa, aut coheredum nihil intereſt rem ipſam conferri. 113
Reſtitutio in integrum eſt juriſdictionis, ſed eminentioris cujuſdam. 74. 75
Revocatione finitur juriſdictio mandata. 86
Reus criminis capitalis quovis tempore impune tranſigit. 137
Reus tranſigens de crimine non capitali pendente judicio an habeatur pro condemnato. 142

S

Saltus hiberni & æſtivi certis temporibus relinqui ſolent. 28. 29.
Scriptura interveniens non efficit, ut pactum deſinat eſſe nudum. 10. 11
Socius ſocio ſocietatem renuntians non renuntiat conſtitutæ obligationi. 24. 25
Speciei tota eſſentia non eſt in genere. 2
Stipulatio an ſit conventio legitima. 9
Studioſorum libri illati an legem taciti pignoris ſequantur. 38
Subſtantia contractus & natura contractus an ſemper idem. 27. 28
Succeſſionem non affectans ad collationem urgeri non poteſt. 115
Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt. 96
Sumptus præter dotem &c. facti an conferendi, an facti a patre ſtudiorum filii gratia. 104. 105
Quando hi ſumptus patre mortuo ad commune onus pertineant. *ibid.*
Sumptus pro filio facti dignitatis conſequendæ gratia non conferuntur. 107
Supremæ poteſtatis eſt leges condere, bellum indicere &c. non meri imperii. 69. 70

T

Tacitum pignus illatorum an locum habeat in bonis minorum illatis ſine conſenſu curatoris. 38
Teſtamento facto olim non procedebat collatio, niſi id per bonorum poſſeſſionem cont. tab. everſum eſſet, an idem teſtamento per querelam reſciſſo. 98. 99
Tranſactio an licita in crimine majeſtatis & parricidii. 139. Quid ſi delictum tale ſit, quod ordinarie pœna mortis non punitur, ſed cujus pœna ex circumſtantiis ad mortem uſque extendi poſſit. 139
Tranſactio de controverſiis ex teſtamento deſcendentibus non procedit, ſine inſpectione teſtamenti. 128. Quid ſi facta tranſactio ſine clauſula *cognitis verbis* &c. 129. Quid ſi quæſtio nata ex teſtamento nuncupativo. *ib.* Quid ſi tranſigentes inſpectioni renuntiaverint. Quid ſi huic renunciationi acceſſerit jusjurandum. 129. An ſufficiat generalis renunciatio ſaltem jurata. *ibid.*
Tranſactio per calumniam expreſſa non valet. 122. & ſeq.
Tranſact. nulla niſi de re dub. 119
Tranſactio quomodo & quo effectu fiat per contractum innominatum. Quomodo & quo effectu per ſtipulationem Aquilianam. Per ſtipulationem ſimplicem. Per conventionem ſubjecta ſtipulatione pœnali. 119
Tranſactio ſuper inſtrumento guarantigiato, poſt rem jurejurando deciſam, poſt confeſſionem judicialem interpoſita an valeat. 125
Tranſactio in caſu ſanguinis permiſſa, & tam actori, quam reo. 136. 137.
Tranſactionis nuda conventione factæ quæ vis. 119. 120
Tranſactio de raptu an licita. An de ſtupro. An de inceſtu. 140
Tranſactio de crimine non capitali prohibita. 141
Tranſactio an licita in privatis criminibus. 142
Tranſactio neque contractus proprii nominis, neque contractus ſpecies. 19. 20
Tranſactio patris de bonis filii immobilibus an procedat ſine decreto. 123. 124
Tranſactionis definitio. 117. & ſeq.
Tranſactionis & pacti diſcrimen. 118.
Tranſigere an liceat de crimine falſi. 143
Tranſigere de alimentis prætcritis abſque prætore licet, non de futuris ſuprema voluntate relictis, & quid ſi ex conventione debeantur. 130
Tranſigi non poteſt de re judicata. Quid ſi ſententia jure non ſubſiſtat. Quid ſi ab ea appellatum, aut appellari poſſit, aut in dubium vocetur, an judicatum. Quid ſi in integrum reſtitutio impetrata aut poſtulata, ubi quædam notabilia in praxi. 124. 125
Tranſigi non poteſt ſuper crimine fuſtigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente. 139
Tutoris & curatoris pactum quando noceat pupillo vel adulto. 46. 47
Tutoris & curatoris pactum prodeſt pupillo, adulto &c. 47
Tutoris datio non eſt juriſdictionis proprie acceptæ & ordinariæ. 72.
Tutoris dandi poteſtas mandata juriſdictione non tranſit. 78

V

Vaſallus de feudo tranſigere an poſſit inconſulto domino. 123
Verbi tranſigere varius uſus. 117
Victus verbo quid contineatur. 132.
Victus ex libera potius voluntate, quam ex coactione pendet. 15
Uſuræ pecuniæ trajectitiæ debentur ex pacto. 7. 8

FINIS.

AR-

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBRI DUO.

Digitized by Google

Digitized by Google

Doctiſſimo Conſultiſſimoque & morum integritate ac pietate ornatiſſimo.

D. JOANNI SICXTI

FIL. J. U. DOCTORI

ARNOLDUS VINNIUS

S. P. D.

PRodeunt tandem in lucem, mi SICXTI, ſelectæ noſtræ quæſtiones, quæ aliquamdiu apud Typographos latuere cauſantes chartæ penuriam. Opus eſt ſubſicivi temporis & feriarum, a multis, ut tute ſcis, avide expetitum: quamquam ego, quam ob cauſam tantopere expetitum ſit, conjicere non poſſum. Expectaverunt fortaſſis illi magnum aliquod volumen: at ecce hic pro amphora, quam imaginati ſunt, urceum. Neque vero unquam mihi propoſitum fuit juſtum controverſiarum volumen conſcribere; quod & a multis factitatum, & nequaquam difficile eſt: ſed paucas duntaxat ex variis materiis decerptas per dies vacuos meo more judicioque tractare; paulo ſcilicet aliter, quam illi facere ſolent, qui tantum pro & contra, ut loquuntur, diſputant, quorumque in ſcriptis primum & poſtremum eſt *obſtat & reſpondeo*. Cæterum etſi me non fugit, quid de ejuſmodi opera judicent viri docti, nempe nihil admodum inde commodi ad ſtudioſam juventutem poſſe redundare: ego tamen aliorum laboribus nihil detractum cupio, & facile patior ſuum quemque judicium ſequi, quemadmodum ipſe hic ſecutus ſum meum. Nolui quæſtiones ipſis ſimulac primum propoſitæ ſunt, exequi, ſeu id quod in quæſtione eſt, protinus excutere: ſed prius quam eo deveniam, præcurſionem quandam adhibere, ſive προθεωρίαν, cujus ope lector non modo ſtatum controverſiæ melius & perfectius intelligere; verum etiam ipſius materiæ, atque eorum, quæ circa quemque articulum certi & explorati juris ſunt, cognitionem aliquam adipiſci queat: ratus inde potiſſimum quæſtionis cujuſque deciſionem petendam eſſe, unde, hoc eſt, ex quorum ignoratione omnis fere ab initio nata eſt ambiguitas: Nolui denique toties, & tantum non perpetuo repetere τὸ *obſtat & reſpondeo*: ſed jugi, & quoad fieri potuit, ſermone non interrupto conatus ſum ſimul & lectorem oblectare, & rem omnem ac difficultatem expedire. Perit orationis ſuavitas crebra repetitione τοῦ τὸν δ᾽ ἀπαμειβόμενος, atque id lectoribus, præſertim litteratis, etiam faſtidium parit. Hunc ego librum ad te Sicxti cariſſime, mitto: rogoque ut eum tanquam teſtem & pignus amoris erga te mei accipias, atque apud te eſſe ſinas. Adjunximus huic comites Orationes duas filii noſtri Simonis Vinnii B. M. quarum alteram

ille habuit, cum publice doctor Juris renunciaretur; alteram pridie ejus diei, quo interpretationem Regularum Juris ex auctoritate publica in hac noſtra Academia auſpicatus eſt. Accedunt præterea & 'Ενόμια quædam, necnon in præmaturam & nobis acerbiſſimam ejus mortem Θρηνῳδίαι, quæ tibi quaſi præcipui titulo deberi exiſtimavi. Tu enim tam libere, tam conjuncte & amanter cum eo vixiſti, ut non niſi morte dirimi tanta animorum & ſtudiorum conjunctio potuerit. Ita eſt, multis ille quidem & bonis omnibus flebilis occidit: tuum vero animum, ſat ſcio, tam cari capitis repentina atque inopinata mors haud ſecus afflixit, ac ſi fratrem germanum amiſiſſes. In quo expertus es, quantum vim habeat mutui amoris vinculum, quod ſincera nexuit amicitia. Sed faceſſant jam iſta. Quod ad me attinet, cogito nihil mihi accidiſſe novi, nihil quod non aliis quoque contigit, & contingit quotidie: ſic Deo viſum vitæ mortiſque domino. Hæc ſunt mei mœroris ſolatia. Denique non ignarus mali jam a multis retro annis moderatius ferre didici eos caſus, qui humana prudentia vitari non poſſunt. Alias etiam finem dolendi qui conſilio non fecerunt, tempore inveniunt. Tibi, quod ſupereſt, gratulor, quod tandem convalueris ex gravi illo morbo, cum quo trimeſtri ſpatio amplius conflictatus es. Nunc priſtinæ valetudini Dei benignitate reſtitutus, da operam ut eam ſartam tectam conſerves. Utere adhuc, ſaltem ad tempus aliquod, certa victus ratione ex præſcripto & conſilio Medicorum, & recte atque ordine feceris. Fortaſſis & noſtra hæc & illa Filii mei ſuam hic conferent ſymbolam. Bene vale, dulciſſime Sicxti, & me tui amantiſſimum redama. Lugduni Batavorum IX. Kalend. Septembres CIↃ IↃ CLIII.

A R.

ARNOLDI VINNII JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER PRIMUS.

CAPUT PRIMUM.

An ſine exceptione, quicquid contra legem fit, ſit ipſo jure nullum?

QUICQUID contra legem fit, id pro infecto haberi & ipſo jure nullum eſſe, jubent Impp. in *l. non dubium, 5. C. de legib.* Igitur verbi cauſa, ſi filiusfam. ſine conſenſu patris uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dotis intelligitur, §. *ſi adverſus, 12. Inſt. de nupt.* Si in teſtamento faciendo ea, quæ ad juris ſolemnitatem pertinent, omiſſa fuerint, deficit jure teſtamentum, *l. 1. ff. de injuſt. rupt. teſt. l. ſi unus, 12. C. de teſtam.* Si pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, ideſt, neque heredem inſtituerit, neque ut oportet, exheredaverit, teſtamentum prorſus inutile eſt & nullius momenti. *Inſt. de exher. lib. in pr. l. propen. ff. de lib. & poſth.* Si tutores aut curatores prædia pupillorum aut adultorum ſine decreto alienaverint caſſa eſt atque ipſo jure nulla alienatio, *t. C. de præd. min. ſin. dec. non alienan.* Sed & ſi quid factum eſt, non quidem adverſus expreſſam legis prohibitionem, verum contra mentem ejus & ſententiam, etiamſi lex id verbis non expreſſerit, placet nihilominus actum ipſo jure eſſe invalidum & nullum, *d. l. non dubium, 5. pr. C. de legib. l. hoc modo, 64. §. 1. ff. de cond. & dem.* ubi & exemplum. Aliud exemplum habemus in *l. ſi ſponſus, 5. §. circa, 5. ff. de donat. int. vir. & ux. l. ſi quis, 38. ff. de contr. empt.* nempe ſi vir volens uxori donare, in fraudem legis venditionem commentus, viliori pretio rem uxori vendiderit. Quippe eo ipſo, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut fruſtra & inutiliter fiat, quod prohibitum eſt: adeo ut nec opus hic ſit aliqua vel exceptione, vel reſciſſione aut reſtitutione. Nec ipſe actus ſolum legi contrarius ipſo jure inutilis eſt, ſed etiam quicquid tali actui acceſſerit, ſive pactum, ſive ſtipulatio, ſive jusjurandum. *d. l. non dubium, in fin.* nam acceſſio ſequitur conditionem cauſæ principalis. Cæterum quod de jurejurando illi dicitur, id jure Canonico ex parte mutatum eſt, *c. cum contingat. ext. de jurejur. & Cod. quamvis de pact. in 6.* ubi Pontifices non tantum ipſum jusjurandum actui quantumvis inutili accedens ſervari volunt, ſed etiam actum

Digitized by Google

jure inutilem eo confirmari & validum fieri. Utique tamen non derogant in totum diſpoſitioni, *d. l. non dubium*. Nam quoties ideo actus vel contractus prohibetur, quia natura turpis & bonis moribus contrarius eſt, vel propter utilitatem publicam, aut in odium creditorum, vel quia jusjurandum vergit in præjudicium alterius, aut ſervari non poteſt ſine diſpendio æternæ ſalutis, juri antiquo & civili loco relinquunt. Et ergo jure Pontificio juramentum tollit defectum nullitatis & reſtitutionem in integrum, ut loquuntur Bartolus & Salicetus *in auth. ſacramenta puberum, C. ſi adverſ. vindit.* ac probabile omnino eſt Impp. Federicum in d. authent. ſecutum auctoritatem juris Canonici, quæ tunc magna erat, idem juramentis robur ex ſua auctoritate addere voluiſſe, quod a Pontificibus acceperant; ut recte meo judicio ſentiant, qui ampliandæ, *l. 1. C. eod. tit.* authenticam illam ab Irnerio ſubjectam putant: ſed hæc non ſunt hujus diſquiſitionis.

Quæritur autem an ſemper & ſine exceptione verum ſit, quod diximus, pro infecto nullo haberi, quod contra legem fit, ſive contra quam lege cautum eſt. Et ſiquidem lex ſimpliciter aliquid fieri vetet, nec ullam nominatim adjiciat pœnam, recte colligimus & ſtatuimus ea, quæ contra legem fiunt, pro infectis haberi, & ipſo jure eſſe nulla: tunc enim hanc eſſe pœnam legis, & hoc velle legem intelligimus, ut quod factum eſt, infectum ſit, ideſt, caſſum & irritum prorſus, veluti ſi filius ſine conſenſu patris matrimonium contraxerit, ſi vir uxori, aut uxor viro aliquid donaverit, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, aut ſub conditione, quæ non ſit in ejus poteſtate, heredem inſtituerit, ſi quis in fraudem creditorum manumiſerit, ſi minor natu majorem adoptaverit &c. Sed & ſi lex ulterius procedat & pœnam adjiciat, idem adhuc dicendum eſt, modo pœna adjiciatur annullationi actus, ut loquuntur: nam & tunc nullum eſt ipſo jure, quod factum eſt & præterea pœna adjecta annullationi præſtanda eſt, exempla habemus in *l. 4. l. 6. cum auth. ſeq. C. de inceſt. nupt. l. un. C. ſi quacunque præd. pot. l. pen. Cod. d. interd. matr. int. pup. l. eum qui, 18. C. ad leg. Jul. de adult. l. ult. ff. de rit. nupt.* cum ſimilibus, quibus locis inceſtæ & prohibitæ nuptiæ non ſolum caſſæ & irritæ eſſe jubentur, verum etiam qui tales nuptias contrahunt, variis pœnis pro varietate delicti afficiuntur. At enim vero cum lex aliquid fieri vetat, & pœnam ſi contra factum erit, nominatim conſtituit, non actum annullando, ſed ita ut quod actum eſt, valere aliquo modo & ſubſiſtere patiatur, cæterum remedium ſuppeditet, quo id poſtea reſcindatur aut alias infirmetur, pœnave aliqua facienti irrogetur, quod factum eſt, ipſo jure ſubſiſtet, ut lex vult, ſed reſcindi aut irritum reddi poterit, eritque ea pœna, quam lex conſtituit. Exemplo ſint Senatuſconſulta Macedonianum & Vellejanum; quorum illud vetat filiofam. mutuam pecuniam dari; hoc comprehenſum eſt, ne feminæ pro ullo intercedant: & tamen ſi aut filiofam. mutua pecunia data ſit, aut femina pro alio intercesſerit, actus iſte non eſt ipſo jure nullus, quoniam neutro Senatuſconſulto plane annullatur, ſed aut actio contra filiumfam. mulieremve denegatur, ſi conſtet contra Senatuſconſulta factum eſſe, aut ſi de eo ambigatur, contra actionem datur exceptio, *tit. ff. & C. de Senatuſc. Maced. & ad Senatuſc. Vellejan.* junct. *l. nam poſteaquam, 9. pr. ff. de jurejur.* Prætor liberos emancipatos, ſi heredes non inſtituantur, exheredari jubet, & tamen ſi neque heredes inſtituti, neque exheredati fuerint, non ideo teſtamentum patris jure prætorio nullum eſt, quia prætor patitur ſubſiſtere, & tantum remedium ſuppeditat, quo id reſcindatur, data ſcilicet præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas teſtamenti paterni, *§. emancipatos; 3. Inſt. de exher. lib. l. 1. & tot. tit. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Mulier, quæ intra tempus, quo virum elugere moris eſt, nubit contra legem facit, *l. 1. ff. de his qui not. infam.* non ideo tamen matrimonium ipſo jure nullum eſt; imo nec reſcinditur, ſed infamis fit mulier, & alias quoque pœnas patitur, *l. 1. C. de ſecund. nupt.* Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis de exheredatione liberorum facta aut ſine juſta cauſa, aut nulla ingratitudinis cauſa expreſſa, utrum ob id teſtamentum patris ſit ipſo jure nullum ex conſtitutione Juſtiniani *Nov. 115. c. 3.* an hoc non obſtante teſtamentum nihilominus ipſo jure ſubſiſtat, atque ad id reſcindendum etiamnum querela inofficioſi ſit opus? De quo agemus ex profeſſo *lib. 2. qu. 21.* Illud obiter hic monendum, non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum eſt, reſcindi aut ipſo jure nullum eſſe, niſi & in totum contra legem factum ſit; alias nonniſi quatenus in legem peccatum: verbi gratia, ſi quis majores, quam licet, uſuras ſtipulatus fuerit, non idcirco in totum inutilis erit ſtipulatio, ſed duntaxat quatenus legitimum modum excedit, *l. placuit, 29. ff. de uſur.* Non in totum irrita eſt donatio, quæ ſummam lege definitam excedens actis inſinuata non eſt, ſed tantummodo eatenus, quatenus ſuperat definitionem legis, *l. ſancim. 34. C. de donat.* Sic remiſſione cautionis fructuariæ facta a teſtatore non vitiatur legatum ipſum uſusfructus, ut perperam exiſtimavit. Hunnius *2. reſol. tract. 2. q. 26.* ſed remiſſio pro non ſcripta habetur: quoniam non in legando uſufructu, ſed tantum in remittenda cautione contra legem fecit teſtator, *l. 6. ff. in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufruct.*

CAPUT II.

Leges interpretari ſitne ſolius Principis, an vero & quo caſu etiam privatorum?

SICUT ſolius Ptincipis eſt leges condere, ita & ejus ſolius eſt leges interpretati; quæ ſententia multis locis expreſſa eſt, *l. 1. l. leges, 9. l. ult. C. de legib.* & ab ea initium ſumit Nov. Juſtiniani *de mul. rapt. paſſ.* 143. Quis enim, ut idem Imperator ait *d. l. ult. C. de legib.* legum ænigmata ſolvere & omnibus aperire idoneus eſſe videbitur, niſi is, cui ſoli legislatorem eſſe conceſſum eſt? Nulline igitur leges interpretandi jus eſt ſolo Principe excepto? Nulli ſane tale, quale Princeps habet, ut ſcilicet interpretatione ſua mentem legis latæ egrediatur, aut prætextu æquitatis a mente legislat. recedat, quoniam id non eſt ſervate legem interpretando, ſed mutare, quod nemini licet, niſi Principi. Et hoc eſt, quod Conſtantinus reſcribit *l. 1. C. eod.* inter æquitatem juſque interpoſitam interpretationem nobis ſolis & oportet & licet inſpicere. Et Valentinianus *l. 9. C. eod.* duritiam legum oportere Imperatoria interpretatione emendari. Quibus convenit illud Harmenopuli, *lib. 1. tit. 1. §. 33.* *ὅταν ἕτερόν τι τὸ νόμιμον βούλεται, ἕτερον δὲ τὸ δίκαιον, μόνος ὁ βασιλεὺς τὴν περὶ τούτου αἵρεσιν ζητεῖν*, id eſt, cum aliud jus ipſum, aliud æquitas poſtulat, controverſiam hanc ſolus Princeps dirimit. Ac proinde ſi ex verbis legis tam aperta ſit legislatoris voluntas, ut de ea dubitati non poſſit, ſervanda lex eſt, quamvis dura & aſpera videatur: nam credendum eſt, legislatorem certa ratione ductum, ita conſtituiſſe, licet nos rationem, quæ eum moverit, expedire non poſſimus, *l. non omnium, 20. ff. de leg. l. 9. de religioſ.* Scilicet hoc inter homines lex affert, ut habeamus, quid in judicando ſequamur, quamvis forte, id quod ſequamur, altero, quod non ſequimur, non ſit melius & æquius. In rebus enim & negotiis aliquid certi definiendum eſt, neque de legibus, quarum certa eſt ſententia, diſputari oportet; cum alioqui multa eaque certiſſima poſſent ſubverti *l. & ideo, 21. ff. de legib.* rueretque legum auctoritas; ſi in rationem earum nimis anxie inquirere liceret, ut diſputat Plato *lib. 1. de legib.* Unde Auguſtinus *lib. de vera relig. c. 31.* In iſtis, inquit, temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent, cum eas inſtituunt; tamen cum fuerint inſtitutæ & firmatæ, non licebit judici de ipſis judicare, ſed ſecundum ipſas, *cap. 3. diſt. 4.* Exemplum habemus in *l. proſpexit, 12. ff. qui & a quib. man.* Lege Julia de adulteriis coercendis cavetur ne ſervi adulteræ, & nominatim ne ii quidem, qui extta miniſterium ejus fuerunt, vel in provincia, manumittantur, & ſic quæſtioni ſubducantur. Hoc licet nobis, quos ſæpe ratio legis latet *l. non omnium, 20. ff. de legib.* durum videatur, tamen cum id benigna interpretatione emendari nequeat ſalva voluntate legislatoris, juxta *l. benignius, 18. ff. eod. tit.* neque in iis, quæ lex diſponit, debeat judex ipſa lege eſſe clementior. *Nov. 82. c. 10.* Pilnceps hic conſulendus etit & nobis cum Ulpiano reſpondendum, hoc perquam durum eſt, ſed lex ita ſcripta eſt: neque enim ubi aperta ſunt, atque intet ſe conveniunt verba legis & ſententia, voluntatis quæſtio admittenda eſt, ſed legi parendum, & voluntas condentis nobis pro lege eſſe debet, *dd. ll.* Nepos poſt mortem avi conceptus neque jure civili ad legitimam avi hereditatem vocatur, ut ſuus heres; neque jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus, *l. 6. cum, 2. ſeqq. ff. de ſuis & legit. l. 6. pr. ff. de injuſt. rupt. teſt. l. 1. §. 8. ff. unde cogn. §. & licet 8. Inſt. de her. quæ ab int.* Fatendum quidem eſt durum eſſe & alienum ab æquitate, hunc nepotem excludi a ſucceſſione avi, a quo utique non minus deſcendit, & cujus ſanguis non minus eſt, quam qui vivo eo nati aut concepti ſunt: ſed tamen judici partes hic quieſcere debent: quippe cui quidem licet a verbis legis recedere, ſed ita, ut ab ejus voluntate ſemper ſtet, *d. l. 18. ff. de legib.* & ſecundum eam ſententiam ferat. *Inſt. de offic. jud. in pr.* Quinimo nulla eſt ipſo jure & *ἄνομος* ſententia, quæ expreſſim contra juris rigorem lata eſt, *l. ſi expreſſim, 19. ff. de appell.* An autem, ut quidam putant, a Juſtiniano hujus juris ſive ſubtilitas ſive aſperitas ſublata ſit *Nov. 118. c. 1.* ad voluntatis quæſtionem pertinet, de quo poſtea. Si quis in rem alienam impenſas fecerit, earum ſervandarum cauſa unum tantum remedium jure noſtro civili proditum eſt, ſcilicet retentio rei oppoſita doli mali exceptione, ſi res a domino vindicetur, *l. ſin autem, 27. §. ult. l. ſumptus, 48. ff. de rei vind. l. ſi quis, 11. l. ſi in area, 16. C. eod. tit.* Quod ſi omiſſa hac exceptione poſſeſſor rem reſtituerit, conſtanter traditum eſt, nullam ei impenſarum nomine actionem competere, *l. ſi in area, 33. ff. de cond. indeb. l. Paulus, 14. ff. de except. doli mal. l. 14. §. 1. ff. comm. div.* Hoc autem licet duriuſculum videatur in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, non ideo tamen licebit judici contra manifeſtam juris ſententiam aliud remedium excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, atque ita æquitatis ſpecie vim auctoritatemque legum eludere. Principis igitur hic partes erunt non judicis: quamquam nonnulli exiſtimant, non eſſe alienum a ratione juris noſtri, ut non poſſidenti pro conſequendis impenſis detur actio utilis negotiorum geſtorum, ſed argumentis parum validis: quæ nunc non excutio. Atque hæc una fere fuit omnium edictorum cauſa & totius juris prætorii occaſio, quod ſcilicet ejuſmodi interpretatio aut potius juris civilis correctio a judicibus fieri

non poterat: Quam enim multa contra manifeſtam rationem juris civilis a prætore introducta ſunt, in quibus antea nihil ſibi ſumere quiſquam privatus, vel judex vel juriſconſultus potuit? Sed & in quæſtione voluntatis interdum Principis deſideratur interpretatio, ſi videlicet verba legis adeo ſint obſcura & perplexa, ut dubitetur, num factum, de qno agitur, legis mente comprehendatur, ſeu an lex ad hypotheſin pertineat, necne? Nam & hic adeundus Princeps, qui legem interpretetur, mentem legis omnibus aperiat, aut nova lege, ſi opus eſt, voluntatem ſuam declaret, *l. 9. & l. ult. C. de legib. l. & ideo, 11. ff. eod. l. 1. in fin. cum l. ſeq. ff. de reb. cor. qui ſub tut.*

Sumamus exemplum, ut quod obiter modo attigi, nunc explicem, ex *Nov. 116. c. 1.* ubi Juſtinianus deſcendentes ſeu liberos omnes ante omnes alios vocat ad ſucceſſionem parentum inteſtato mortuorum ſine ulla gradus prærogativa, id eſt, ſive primi ſint, ſive inferiorum graduum. Ex hoc autem quidam colligunt jus vetus, quo nepos poſt mortem avi conceptus a ſucceſſione ejus tam honoraria quam legitima excluditur, a Juſtiniano illic ſublatum eſſe. Sed iſta collectio valde infirma eſt: Nam & veteri jure in ſuis heredibus non ſervabatur gradus prærogativa, *§. cum filius, 6. Inſt. de her. quæ ab int.* & nepotes ex filio emancipato nati ex edicto jungebantur patri ſuo, *l. 1. §. ſi quis, ff. unde lib. & tot. tit. de conjung. cum emanc. lib.* ponendi enim ut olim ita & nunc termini habiles. Itaque cum in Novella iſta Juſtiniani, tollentis tantum diſcrimina ſexus & poteſtatis, nihil inveniatur, quod ad hujus articuli emendationem trahi poſſit, quod mutatum non eſt adhuc vigere debet. At rurſus ex diverſo illud quoque fatendum eſt, propoſito Juſtiniani, omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ revocare volentis, admodum conſentaneum eſſe, quod etiam in hoc caſu jus vetus emendare voluerit. Sed quia id non fecit, & ex hujuſmodi conjecturis correctio juris induci non debet, in hac perplexitate, ſi forte talis caſus inciderit, cum non a judice, ſed Principe decidi oportebit, ne juris auctoritas ponatur in in poteſtate judicantis, contra *l. ordine, 15. fin. pr. ff. ad municip.* & ita Diod. Tulden. *in comment. ad Cod. de ſuis & leg. her. c. 4. arg. l. 2. ff. de reb. qui ſub tut.*

Quod ſi verba legis non ſint uſque adeo clara, ut excludant omnem interpretationem ex bono & æquo; neque uſque adeo obſcura, quin mens legislatoris ex antecedentibus aut conſequentibus elici poſſit, hic dabitur locus interpretationi etiam privatorum, ſive juriſconſultorum aut judicum, qui verba legis ad ſententiam interpretando accommodent, *l. 12. & ſeq. ff. de legib.* atque huc reſpicit extrema clauſula *l. ult. C. eod. tit.* Duplex autem eſt ejuſmodi interpretatio, quarum altera extenſiva vulgo nuncupatur, altera reſtrictiva. Extenſivæ uſus eſt: cum ſententia legis latior eſt legis verbis; ideſt, cum lex minus ſcripſit, plus voluit, reſtrictivæ, cum ſententia eſt anguſtior; ideſt, cum lex plus ſcripſit, minus voluit: illa utimur cum verba legis ex ſententia extendimus & ad ſimilia producimus: hac, cum verba ex mente legis reſtringimus. Exempla extenſivæ interpretationis peti poſſunt ex *l. illud, 32. ff. ad leg. Aquil. l. 4. ff. de fund. dot. l. 7. §. 2. ff. de juriſd. l. oratio, 16. ff. de ſponſ.* cum ſimilib. plane in jure ſingulari extenſivæ interpretationi locus non eſt: cujuſmodi ſunt jura minorum, miſerabilium perſonarum, militum, ſtudioſorum, fiſci, eccleſiarum, aliaque privilegia perſonis aut cauſis tributa. Nam quod contra rationem juris communis propter utilitatem aliquam certis in perſonis aut cauſis receptum aut conſtitutum eſt, id vetamur producere ad conſequentias, neque in eo poſſumus ſequi regulam juris, *l. quod vero, 14. & ſeq. ff. de legib. l. 1. §. 2. ff. de conſt. princ.* Reſtrictivæ interpretationis exempla ſuppeditant, *l. quod dictum, 32. ff. de pact. l. 2. §. 3. ff. ad ſenat. Vell. l. 6. Cod. de legib. l. 6. §. 2. ff. de jur. patron. l. illud, 40. pr. ff. de her. petit. l. 11. ff. de in jus voc.* &c. ſic quod generaliter cautum eſt *Nov. 115. c. 3.* judex interpretatione ſua reſtringere poteſt & debet ex *l. ſicut, 9. & l. ſeq. C. de teſt. milit.* quæ licet ſint anteriores, ut videri poſſint *per d. Nov. 115.* utpote poſteriorem, ſublatæ, *arg. l. ult. ff. de conſtit. princ.* tamen quia ſunt ſpeciales, Novella potius eſt his explicanda, iſta limitanda & reſtringenda eſt, juxta regulam juris, *l. in toto, 80. ff. de reg. jur. fac. l. non eſt novum, 26. cum ſeq. ff. de legib.*

Debent autem tam judices, quam juriſconſulti in interpretatione ſibi permiſſa ſequi non rigorem juris civilis, non jus ſummum, quod ſumma ſæpe injuria eſt, ſed quod benignius, quod æquius eſt & melius, exemplo Servii Sulpitii, qui hoc encomio laudatur a Cicerone *Philipp. 9.* quod non magis juris conſultus, quam juſtitiæ fuit, propterea quod ea, quæ proficiſcebantur a legibus & jure civili, ſemper ad æquitatem facilitatemque referebat: & Caji illius Aquilii, quem juris civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxiſſe memorat idem Cicero in *orat. pro Cæcinna*, eoque pertinent, *l. placuit, 8. C. de judic. l. benignius, 18. ff. h. t. l. in omnibus, 90. ff. de reg. jur.* Item, præclaræ illæ Celſi ſententiæ dicentis, ſcire leges non hoc eſſe verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, *l. ſcire, 17. ff. de legib.* jus eſſe artem æqui & boni *l. 1. pr. ff. de juſt. & jur.* Ex his credo, jam dignoſci poterit, quæ ſint in legibus exponendis principum, quæ judicum partes.

CAPUT III.

Utrum dare Bonorum poſſeſſionem, jubère cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio, an juriſdictioni adſcribenda?

DUPLICIS in argumento de Juriſdictione fit imperii mentio, meri & non meri ſive mixti. Merum imperium definitore Ulpiano, eſt poteſtas gladii ad animadvertendum in facinoroſos, *l. 3. ff. de juriſd.* cui deſcriptioni ſi addideris, *vel cujuſvis alterius gravioris coercitionis*, ex *l. 6. pr. ff. de offic. proc. l. nemo poteſt, 70. de reg. jur.* plena erit & perfecta definitio. Quippe nihil aliud eſt merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, ſive capite plectendi ſint, ſive tollendi e numero civium ſervitute pœnæ, deportatione ſive relegandi fuſtigandive. Hoc imperium dicitur merum, quia purum & per ſe ſolum eſt, alterius rei mixturam non habens, ſicut dicimus merum jus gentium, quod non eſt mixtum cum præceptis civilibus, *l. bona fides, 31. ff. depoſ.* meram donationem, id eſt, puram & & ſimplicem, *l. Aquilius, 27. ff. de donat.* merum vinum, quod aqua non eſt dilutum & ſimilia. Eſt autem hoc nomen huic imperio inditum, quia eſt & aliud imperii genus, quod noſtri non merum aut mixtum vocant, propterea quod juriſdictioni cohæret, ſubſervit, ineſt, conſiſtens in modica coercitione, ideſt, executione decretorum & pronuntiatorum in cauſis civilibus: cum merum illud a juriſdictione ſit ſeparatum, & circa criminum animadverſionem verſetur, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus & c. l. 3. ff. de juriſd.* Igitur mixtum imperium eſt poteſtas cohærens juriſdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Cur mixtum vocetur, ex iis, quæ modo dicta ſunt, intelligi poteſt, nimirum quia conjunctum & unitum eſt cum juriſdictione, ejuſque inſeparabile adjunctum: ſiquidem hæc duo juriſdictio & mixtum imperium, ratione perſonæ cui competunt, indiſſolubili vinculo inter ſe copulata & nexa ſunt, ita ut alterum ab altero divelli non poſſit: nam ſicut magiſtratus eſſe non poteſt ſine juriſdictione, ita nec ſine imperio aliquo, quo juriſdictionem ſuam tueatur, ratumque efficiat, quod ſtatuit aut decrevit, *dict. l. ult. §. 1.* Cæterum etſi imperium hoc ita, ut diximus, conjunctum atque unitum eſt cum juriſdictione, ut ab ea ſejungi non poſſit, nihilominus tamen, ut nominibus diſtincta ſunt, ita & reipſa ſunt diverſa, actuſque juriſdictionis & imperii diſtincti, ut neque quod juriſdictionis eſt imperio, neque quod imperii, juriſdictioni attribui debeat. Diverſa hæc eſſe patet cum ex eo, quod mandata juriſdictione etiam hoc imperium ſimul tranſire dicitur, tanquam conſequens juriſdictionis eique perpetuo cohærens, *d. l. 1. in fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus &c.* tum quod definitur modica coercitio, qua magiſtratus juriſdictionem ſuam tuetur & quæ decrevit, exequitur, *d. l. ult. §. 1.* Jam vero quod ſimul cum juriſdictione tranſit, quod juriſdictionis tuendæ gratia comparatum eſt, id utique non eſt idem cum juriſdictione, ſed aliquid ab ea diverſum. Actuum quoque diverſitas conſpicua eſt, & facile dignoſci poteſt. Nam cauſam cognoſcere, ſententiam dicere, decernere, ſtatuere, juriſdictionis ſunt, non imperii: ſententiam, decreta, ſtatuta, juſſa exequi manu militari, captis pignoribus, aut multa exacta, imperii, non juriſdictionis. Et utique cum imperium, quod omnes fatentur, conſiſtat in executione; neceſſe eſt, ut actus aliquis juriſdictionis præcedat, quem ſequatur actus imperii, ſi ei, quod vi juriſdictionis ſtatutum aut decretum eſt, non pareatur. Ac proinde qui decreta & juſſa magiſtratuum imperii eſſe ſtatuunt, veluti jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, aperte ſibi contradicunt: dum ajunt, imperium eſſe coercitionem, cohærentem juriſdictioni ut nervos habeat, illudque poſitum eſſe in executione, ut Coraſ. *3. miſc.* 17. Duar. *de juriſd. c. 7.* Donel. 17. *com. 6.* Vaud. *2. q. 35.* Fachin. *2. conſ. 95.* Scipio Gentil. 1. *de juriſd. c. 3.*

Accedamus jam ad diſquiſitionem problematis noſtri, & videamus, utrum dare bonorum poſſeſſionem, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, mixto imperio adſcribenda ſint, an juriſdictioni? Imperio attribui non poſſunt. Nam, ut de bonorum poſſeſſione primum dicam, nullus in ea danda præcedit actus juriſdictionis, quem prætor eam dando defendat, neminem coercet, neminem multat. Quod ſi dicat aliquis, præcedere ſaltem cognitionem aliquam, is cogitet, nullam eſſe ſententiam, quam non præcedat cauſæ cognitio. Quis autem in numero eorum, quæ mixti imperii ſunt, potuit unquam ſententiam dicere, eum unde petitur, abſolvere aut condemnare? Jus dicendæ ſententiæ etiam pedanei judices habent, quorum tamen nec proprie juriſdictio eſt, ſed nuda duntaxat notio, ideſt, cognoſcendi & judicandi facultas ſine exequendi poteſtate, *l. 5. l. 4. divo, 15. ff. de re judic.* Relinquitur ergo ut dicamus bonorum poſſeſſionem dare, actum eſſe juriſdictionis, non mixti imperii. Atque hoc ipſum ex eo quoque manifeſte evincitur, quod jus omne, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, introductum eſt juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teſte Juſtiniano in *pr. Inſt. de bon. poſſ.* correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, ſed a juriſdictione prætoris veniunt, unde ſcil. omnia edicta proficiſcuntur; quod & nominatim de bonorum poſſeſſionibus teſtatur idem

Impe-

Imperator in *pr. §. 2. Inſt. d. t.* Quapropter ſic omnino habendum eſt, cum prætor alicui bonorum poſſeſſionem dat, aut ſi opus eſt, cauſa cognita pro tribunali decernit, *l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ.* hunc actum non eſſe mixti imperii, ſed intra terminos conſiſtere juriſdictionis. At enim vero ſi ex ſolo decreto bonorum poſſeſſio obtineri nequeat, hic jam prætor utetur imperio, vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obtinentes. Fac. *l. 3. in pr. ff. ne vis fiat ei qui in poſſ.*

Sed huic ſententiæ objicitur locus Ulpiani in *l. 3. ff. de juriſd.* ubi diſerte juriſconſultus ait, mixti imperii eſſe, dare bonorum poſſeſſionem. Sic enim hic locus vulgo, atque in ipſo quoque codice Piſano legitur: *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt, quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Juriſdictio eſt etiam judicis danda licentia.* Non auderem aſſerere locum iſtum corruptum eſſe, niſi me moveret ſummorum virorum auctoritas, & præcipue manifeſti juris ratio. Quid igitur? non dubito, quin lectio iſtius loci ſit vitioſa, & vel cum Antonio Goveano ad hanc *leg. n. 34.* legendum: *Mixtum imperium eſt, cui etiam juriſdictio ineſt. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, juriſdictio eſt. Juriſdictio eſt etiam judicis dandi licentia.* Nullum enim in veteribus libris frequentius mendum eſt, quam iterati verbi omiſſio. Vel cum Anton. Fabro *lib. 4. conject. 4.* pro *quod* ſubſtituendum *quæ*, hoc modo, *cui etiam juriſdictio ineſt, quæ in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.* Nam ex utriuſque ſyllabæ ſimilitudine facile error naſci potuit: & quod caput eſt, verba ſequentia, *juriſdictio eſt etiam*, & evidenter oſtendunt, prius a jureconſulto prolatum eſſe exemplum juriſdictionis. Hotomannus *lib. 7. obſ. 16.* etiam pro his verbis, cui juriſdictio ineſt, mavult legi, quod juriſdictioni ineſt, non equidem abſque ratione: nam proprie juriſdictio non ineſt, non accedit, ſubſervit imperio, ſed hoc illi, *l. 1. in fin. l. ultim. §. 1. ff. de off. ejus*. Cæterum non ſemper & ubique æque accurate ipſi veteres loquuntur.

Sed quid jubere cavere prætoria ſtipulatione & in poſſeſſionem mittere? Ne hæc quidem mixto imperio adſcribi poſſe ſuperioribus conſequens eſt. Etenim cum prætor cavere jubet, verbi cauſa, damni infecti nomine, & ſi non caveatur, decernit miſſionem in poſſeſſionem rei, de qua damnum timetur, id vi juriſdictionis ſuæ facit, non imperii, haud ſecus ac ſi Judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam reſtitui aut exhiberi, & ſi juſſui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adverſarius in litem juraverit. Quid quod aperte apud Pomponium ſcriptum eſt, ſtipulationes prætorias omnes & ædilitias a juriſdictione venire, *l. 5. pr. ff. de verb. oblig.* Enimvero ſi ex decreto miſſus non admittatur, ſi vis ei fiat, hic jam ſuccedunt partes imperii, quod mixtum appellatur, cujus vi decretum ſuum prætor manu miniſtrorum, exſequitur, *l. 3. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ.*

Movere neminem debet, quod apud Ulpianum *l. 4. ff. de juriſd.* & Paulum *l. ea quæ, 26. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria ſtipulatione, in poſſeſſionem mittere, imperii magis eſſe, quam juriſdictionis. Nam verbo imperii iſtis locis non ſignificatur imperium mixtum, quo de hic agimus: alioqui dicere debuiſſent juriſconſulti, iſta non eſſe juriſdictionis, ſed imperii mixti: cum vero dicant iſta magis eſſe imperii, quam juriſdictionis, utique fatentur eſſe juriſdictionis, ſed hoc ſignificat eſſe hæc juriſdictionis cujuſdam eminentioris, atque ut Goveanus loquitur, magis imperioſæ, quam juridicæ: in qua ſcilicet majorum magiſtratuum, hoc eſt, eorum, qui tribunali præſunt, poteſtas reſplendeat: minores enim magiſtratus, quales erant magiſtratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus juriſdictionis ſunt, exercere non poſſe, *d. l. 26. pr. ad municip.* unde alibi eodem intuitu hi magiſtratus dicuntur eſſe ſine imperio, *l. nec magiſtratus, 32. in fin. de injur.* cum tamen mixtum imperium conjunctum cum juriſdictione ſua habeant, *arg. l. ult. §. 1. ff. de off. ejus, l. 2. ff. de juriſd.* & utique juriſdictionem ſuam captis pignoribus tueri poſſint, *l. quemadmodum, 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* Numeratur inter ea, quæ imperii magis, quam juriſdictionis ſunt, & quæ, ob id magiſtratus inferiores facere non poſſunt, etiam reſtitutio in integrum, *d. l. 26. §. 1. ff. ad munic.* At nec in integrum reſtituere mixti imperii actus eſt: ſed ſpecies ſplendidioris illius quam dixi, juriſdictionis. Quæ enim hic coercitio? aut quis dixerit, reſtitutionem in integrum cohærere, ineſſe, ſervire juriſdictioni, ejuſque explicandæ cauſa comparatam eſſe? Ejuſdem generis eſt & cognitio de ſuſpectis tutoribus *l. 1. §. ſuſpecti, 11. ad ſenat. Turpil.* ubi juriſconſultus ait ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, nullumque alium quam præſidem, de hujuſmodi quæſtione poſſe pronunciare. An quia hoc mixti eſt imperii? minime? nam & magiſtratus municipales mixtum imperium habent, ut paulo ante oſtenſum: ſed quia eſt excelſæ cujuſdam & nobiliſſimæ juriſdictionis, quam ſoli habent magiſtratus majores, & quam imperii nomine paſſim veteres deſignant, *l. 8. & l. ult. ff. de off. proconſ. l. 3. ff. de off. ejus, & l. 2. ff. de adopt. l. 12. §. 1. ff. de judic. l. juris gentium, 7. §. ſi paciſcar, 14. ff. de pact. l. quod juſſit, 14. ff. de re jud.* quibus omnibus locis nomen imperii eminenti huic juriſdictioni tribuitur, eoque nomine ſignificatur excellens quædam poteſtas majorum magiſtratuum, ſed talis tamen, quæ poſita ſit in jure dicundo, & intra terminos juriſdictionis conſiſtat.

Qui-

Quidam cum hinc ſe expedire alia ratione non poſſent, duo genera mixti imperii commenti ſunt: unum, quod ſubſerviat & cohæreat juriſdictioni, comparatum juriſdictionis contentioſæ defendendæ, & exequendæ gratia: alterum, cui inſit, & tanquam principali accedat atque ancilletur juriſdictio: cujus generis eſſe putant ea, quæ magis imperii, quam juriſdictionis eſſe dicuntur: ideo nempe, quia ut ajunt, ſicut in priori ſpecie juriſdictio, ita in poſteriore magis eminet imperium: ita Baro *in l. ult. ff. de off. ejus*. Muſcorn. *de juriſd. num.* 143. Bocer. *cap.* 4. *num.* 18. Obrecht. *cap.* 12. *num.* 25. Olvv. Hillig. ad Don. *lib.* 17. *comm.* 8. Sed toto eos errare judicio ea, quæ ſupra diximus, manifeſte oſtendunt. Nullum enim eſt imperium mixtum, ac ne excogitari quidem cum aliquo colore poteſt, quod per ſe ſubſiſtat, cui accedat & famuletur juriſdictio: ſed omne accedit & ſervit juriſdictioni, cum omne poſitum ſit in aliqua coercitione, comparata ad juriſdictionem tuendam atque expediendam. Ita poſt Longovallium Goveanus & Ant. Faber ubi ſupra & *ad d. l.* 4. *in rational.* Bachov. *ad tit. ff. de juriſd. c. de mixt. imp.* atque hæc quoque ſententia, ut eſt ſimpliciſſima, ita & veriſſima nobis videtur, & dudum viſa eſt, *tract. de juriſdict. cap.* 7.

C A P U T IV.

An prorogatio juriſdictionis de loco ad locum & de tempore ad tempus, ex ratione juris noſtri defendi queat?

CERTI atque explorati juris eſt, non ſolum eum, qui juriſdictionem habet, eam poſſe mandare alteri, dummodo eam habeat ſuo jure, non alieno beneficio, *l.* 5. *ff. de juriſd.* ideſt, modo propriam habeat, non mandatam ab alio: verum etiam juriſdictionem, quam quis vel proprio jure, vel mandatam habet, conſenſu partium poſſe ei ipſi prorogari: ut jam vi hujus prorogationis jus dicere poſſit inter eos, qui jure publico juriſdictioni ejus non ſunt ſubjecti, aut de ſumma ordinaria ejus cognitione majore. Et hoc eſt, quod Ulpianus ait *l.* 1. *ff. de judic. Si ſe ſubjiciant alicui juriſdictioni & conſentiant, in conſentientes cujuſvis judicis, qui tribunali præeſt, aut aliam juriſdictionem habet, eſt juriſdictio*, & huc fac. *l. eſt receptum*, 14. *l. ſi convenerit*, 18. *ff. de juriſd. l.* 2. *pr. &* §. 1. *l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de judic.* Doctores noſtri fere quadruplicem faciunt juriſdictionis prorogandæ modum; de perſona ad perſonam; de re ad rem, ſeu quantitate ad quantitatem: de loco ad locum; de tempore ad tempus. Ex quibus modis duo priores certo jure nituntur, *l. eſt receptum*, 14. *& l. ſeq. ſi convenerit*, 18. *ff. de juriſd. l.* 2. *l.* 2. *ff. de judic. l.* 1. *l.* 3. *C. de juriſd. l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de judic. l. inter convenientes*, 28. *ff. ad municipal.* ſed de tertio & quarto prorogandi juriſdictionem modo, ſcilicet de loco ad locum, & de tempore ad tempus, non ſine cauſa quidam dubitant, an jure noſtro recepti ſint. Quod attinet ad illum de loco ad locum, quæſtio in eo poſita, an ita de loco ad locum juriſdictio prorogari poſſit, ut virtute hujus prorogationis etiam extra territorium juris dicundi poteſtas acquiratur ei, cujus juriſdictio ſic prorogata eſt? verbi cauſa, an judex Mutinenſis, quo exemplo vulgo utuntur, vi prorogatæ ſibi juriſdictionis eam Bononiæ exercere queat? Affirmat quidem id Zaſ. *in l. pen. ff. de juſt. & jur. num.* 27. & DD. *comm. in l. ult. ff. de juriſd.* qui & porro quærunt, an hic præciſe requiratur expreſſus conſenſus partium, & an etiam neceſſarius ſit conſenſus judicis illius loci, ſeu expreſſus ſeu ſaltem tacitus? Sed ſi evincimus talem de loco ad locum juriſdictionis prorogationem veteribus incognitam, & rationi juris noſtri minime conſentaneam eſſe, omnis de ea re diſputatio ſupervacua futura eſt. Alienam eſſe a ratione Juris Romani primus oſtendere tentavit Bartolus in *l.* 2. *ff. de judic. in pr. num.* 7. Idem poſt eum fecit & Baldus in *d. l.* 2. *num.* 7. & poſt Salic. *in l.* 1. *Cod. de juriſd. num.* 5. Nos etiam invictis argumentis id verum eſſe luculenter demonſtravimus.

Primum illud extra omnem controverſiam poſitum eſt, magiſtratus omnes in ſuo duntaxat territorio juris dicundi poteſtatem habere, extra locum territorii ſui privatos eſſe, eorumque jure cenſeri *l.* 3. *ff. de off. præſid. l. ult. ff. de juriſd.* At privato ſeu ei, qui nulli judicio præeſt, tribui juriſdictio conſenſu litigantium non poteſt, *l.* 1. *ff. de judic. l.* 3. *C. de juriſdict.* Alexander in *d. l. ult.* ſubtilem agit, dum ait judicem habere juriſdictionem in habitu, eamque circumferre, ubicunque locorum ſit. Mihi vero valde inſubtilis & inepta videtur illa Alexandri juriſdictionis cum habitu comparatio: cum habitus ſit qualitas & vis animi longo uſu & crebris actionibus parta e ſubjecto ægre mobilis: juriſdictio autem jus quoddam & poteſtas in ſubjectos cives publice tributa certos terminos ac limites ſuos habens, tum ratione durationis, tum ratione loci. Itaque juriſdictio eſt objectum ſeu materia, circa quam magiſtratus verſatur & occupatur, ſed in ſuo duntaxat territorio: magiſtratus adjunctum occupatum juriſdictionis, ſed ita limitatæ: ſic ut Imperator eſt adjunctum occupatum totius imperii, quatenus ſcilicet circa imperii adminiſtrationem verſatur. Atqui, inquies, certum eſt poſſe magiſtratum etiam extra territorium ſuum exercere actum juriſdictionis voluntariæ; poſſunt enim & manumiſſiones & adoptiones & emancipationes fieri apud proconſulem & præſidem ſtatim atque urbem egreſſi ſunt, antequam ingreſſi ſint provinciam ſuam *l.* 2. *de off.*

pro-

Digitized by Google

proconſ. l. apud, 17. *ff. de manum. vind.* Reſpondemus ex eo, quod actus voluntariæ juriſdictionis quam extra territotium jus dicentis expediri poſſunt, male inferri, poſſe in volentes & conſentientes quoque extra fines ſuos extendi juriſdictionem contentioſam. Non enim ex voluntate aut prorogatione privatorum eſt, quod juriſdictio voluntaria ubique exerceri poteſt, ſed ex natura ipſius juriſdictionis; quippe quæ exercetur in volentes & conſentientes, nec aliter exerceri poteſt; quod ſi extra provinciam jus dicentis id fiat, τυχηρόντι & fortuitum eſt. Ut ecce, ſi quis forte filium adoptaverit apud proconſulem nondum ingreſſum provinciam ſuam, is non poteſt dici prorogaſſe juriſdictionem proconſulis, non magis quam ſi apud provinciam jam ingreſſum adoptaſſet. Contentioſæ autem juriſdictionis eadem manet natura, nec ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnia, quæ ad voluntariam juriſdictionem pertinent, extra territorium explicari poſſunt, imo nulla ex iis, quæ cauſæ cognitionem & decretum magiſtratus deſiderant, qualia ſunt tranſactio de alimentis teſtamento relictis, prædiorum minoris alienatio, adrogatio impuberis, &c. *l. 8. §. vult igitur*, 8. *ff. de tranſact. l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* §. 3. *Inſt. de adopt. cum ſimil.* His accedit & illud, quod ubi ſemel ex conſenſu partium juriſdictio prorogata eſt, ea etiam in invitos exerceatur: quod tamen in alieno territorio fieri non poſſe apud omnes in confeſſo eſt. Quod ſi ea vis eſſet juriſdictionis prorogatæ, ad eam ex prorogatione in alieno exercendam non opus eſſet conſenſu judicis territorii; utpote qui nec alteri juriſdictionem tribuere, nec eam ſibi adimere poteſt. Non obſtat *cap. ſtatutum*, §. *in nullo*, *de reſcript. in 6.* nam illic ſermo eſt de delegato Pontificis, quem tanquam delegatum Principis, conſtat ubique jus dicere poſſe, etiam extra civitatem ſeu diœceſin, in quibus deputatus eſt, modo expreſſus partium ad id accedat conſenſus, quod etiam eodem loco a Bonifacio Octavo diſerte requiritur.

Quinimo nec illud abſolute admittendum videtur, poſſe juriſdictionem judicis ita prorogari; ut is quolibet in loco ſui ipſius territorii jus dicat. Etenim quæ cauſæ cognitionem deſiderant & decretum magiſtratus, ea pro tribunali tractanda ſunt, atque eo in loco, ubi ſalva publica majeſtate ſervatoque more majorum jus reddi poteſt & ſolet *l. pen. ff. de juſt. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res cum ad publicum decus ſpectet, pactis privatorum mutari non poteſt, *l. neque ex prætorio*, 27. *ff. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum aut decretum eſt, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* quo etiam pertinet, quod apud Ulpianum legimus, quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, ea per libellum ſive de plano expediri non poſſe, *l. nec quicquam*, 9. §. 1. *ff. off. proconſ.* Atque hoc ipſum etiam a Mario Salomonio contra Guliel. Cuman. Bart. & Baldum pridem obſervatum eſt in *l. pen. ff. de juſt. & jure*. Arreſto quoque Curiæ Pariſienſis *anni* 1539. 2. *Septembr.* continetur ut & expenſarum taxationes in auditorio & loco, ubi more majorum jus reddi ſolet, fiant, teſte Coſtal. *ad d. l. pen.* Quod autem prætor non coſtringitur uno in loco jus reddere, ſed ipſi permittitur pro arbitrio ſuo locum conſtituere, ubi jus dicat, *d. l. pen.* id non habet hanc ſententiam, poſſe prætorem ubivis etiam domi ſuæ aut in itinere quacunque de cauſa jus dicere, ſed poſſe prætorem unum ex pluribus tribunalibus (nam in baſilicis, ubi jus reddebatur, multa erant tribunalia) unum juris dicundi gratia eligere, id quod his verbis, ubicunque prætor ſalva majeſtate imperii ſui, ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit, juriſconſultum ſignificare omnino credibile eſt. Plane quæ citra cauſæ cognitionem expediuntur, item præparatoria judicii, interrogationes, &c. poſſunt quidem illa alio quoque loco a magiſtratu aut judice tractari, & vel domi ſella poſita vel in itinere *l. 4. §. 1. ff. de jur. fact.* ſed poſſunt etiam citra partium conſenſum, nimirum ubi prætori viſum fuerit. Quapropter, ut tandem concludamus, dicendum eſt, nullam ex ratione juris noſtri eſſe de loco ad locum juriſdictionis prorogationem.

Videamus nunc, an illa de tempore ad tempus prorogandæ juriſdictionis ſpecies, quæ ex quatuor illis, quas vulgo Doctores ponunt, poſtrema eſt, juris noſtri conditoribus cognita ſit. Et quidem, qui juriſdictionem de loco ad locum recte prorogari ſtatuunt, argumentum ſumunt ab hoc de tempore ad tempus prorogandi modo, quaſi extra omnem controverſiam poſitum ſit, poſſe juriſdictionem de tempore ad tempus prorogari, *per l. 2. §. 2. ff. de jud.* Ego vero nec hanc ſpeciem veteribus cognitam aut uſurpatam intrepide aſſero, eoſque, qui contra ſentiunt, fruſtra ſententiæ ſuæ firmamentum quærere in *d. l. 2. §. 2. ff. de judic.* Nam textus ille ad nullam omnino juriſdictionis prorogandæ formam pertinet, ſed tantum loquitur ibi Ulpianus de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui nudam duntaxat notionem, non juriſdictionem habet, *l. 5. ff. de re judic. l.* juſſus eſt litem aliquam ſibi commiſſam dirimere. Hoc tempus cum ſolo partium favore intelligatur adjectum, etiam earumdem expreſſo conſenſu prorogari poſſe rationis eſt, utique ſi & ipſe judex ad tempus a prætore datus conſentiat: utrumque enim in hac prorogatione temporis exigitur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet judex ſine conſenſu ſuo a privatis gravetur onere judicandi. In prorogatione autem juriſdictionis non aliorum conſenſus, quam ipſorum litigatorum deſideratur, ac ne ejus quidem, cujus prorogatur Juriſdictio, nec denique judicis ordina-

Digitized by Google

dinarii & competentis, utpote cui nihil hic admittitur, *d. l. 2 §. 1. ff. de judic. Vult*, 17. *l. 1. c. de juriſd. n. 66.* Illud autem longe diſſimile eſt, quod Julianus ſcribit *l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de judic.* judicem, qui uſque ad certam ſummam judicare juſſus eſt etiam de re majore judicare poſſe, ſi inter litigatores conveniat: hoc enim neque ad prorogationem de loco ad locum, neque ad prorogationem de tempore ad tempus, quæ interpretum commenta ſunt, pertinet, ſed ad ſecundam prorogandæ juriſdictionis formam, de re ſcilicet ad rem, quæ non minus, quam prima illa & notiſſima, de perſona ad perſonam, certo jure recepta eſt, ut ſupra demonſtravimus. Neque Juliano illic ſermo eſt de ſimplici aut pedaneo judice, ut in *d. l. 2. §. 2. & paſſim ff. de judic.* cui ſcilicet una aliqua cauſa committi ſolebat præſcripta formula & reſervata danti poteſtate exequendi, *l. a Divo*, 15. *ff. de re jud.* ſed de judice publice conſtituto non ad unam aliquam litem, ſed generaliter ad omnes cauſas, quæ quandoque incidere poſſunt, terminandas uſque ad certam ſummam; ac proinde de eo, qui juriſdictionem habeat & magiſtratus ſit fac. *l. inter convenientes*, 28. *ff. ad municip.* Illud probandum erat, poſſe magiſtratus annui juriſdictionem conſenſu litigantium ita prorogari, ut etiam finito magiſtratu & adhuc poſt annum inter conſentientes jus dicere poſſit: quod nunquam oſtendent. Imo vero etſi oſtenderent, nondum tamen hoc evincerent, poſſe ob id etiam de loco ad locum juriſdictionem prorogari. Licet enim interdum tempus & locus comparentur, *l. vinum* 22. *ff. de reb. cred. l. ſi ſoluturus*, 39. *ff. de ſolut.* neminem tamen credo tam eſſe infantem in arte diſſerendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno ſtatutum eſt, id continuo ad aliud quoque transferendum eſſe, cum ſint plane diverſa, & prorogatio temporis privatam litigantium utilitatem reſpiciat, loci publicum decus. Nec igitur prorogationis de tempore ad tempus ullus apud veteres uſus fuiſſe videtur extra ſpeciem *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.* ubi non juriſdictio annui magiſtratus, ſed nuda notio judicis ad tempus dati conſenſu partium & ipſius quoque judicis prorogata proponitur add. Ant. Fabr. *ad d. l. 2. §. 2. in rational.* quo etiam loco non ſine ratione clauſulam illam *d. l. §. 2. niſi ſpecialiter principali juſſione prorogatio fuerit inhibita*, Triboniano adſcribit. Quis enim alius ita loqueretur, *juſſione prorogationem inhiberi*, aut *inhibitione juberi*. Adde, quod inſolens eſt ad tempus a Principe judicem dari, aut ad tempus a magiſtratu dari notionis inhibere prorogationem. Sed hæc *παρέργως*.

CAPUT V.

In jus vocatio an ſit pars judicii proprie dicti?

PROCESSUS judiciarii quatuor ſunt partes, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, in jus vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta ſententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt; nec ſemper neceſſaria eſt, ſed tum ſolummodo, quando condemnatus ſententiæ judicis ultro non paret. Prima igitur ordinis judiciarii pars eſt in jus vocatio: nam ab hac parte edicti omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur, *§. ult. Inſt. de pœn. tem. litig.* hoc eſt, qui cum aliquo judicio contendere inſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus vocare debet, ideſt, ad eum vocare, qui jus dicturus ſit, juris experiundi gratia, *d. §. ult.* junct. *l. 1. ff. de in jus voc.* eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere malit, an judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus *l. 1. ff. de eden. auth. offeratur*, *C. de lit. conteſt.* Unde intelligimus hunc actum omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe; & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere fac, *l. 4. C. de ſent. & interloc.* & merito; quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. Clem. *paſtoralis de re judic.* Gail. 1. *obſ.* 48. Nonnulli & partem judicii eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis eſt conteſtata, *l. amplius*, 15. *ff. rat. rem hab. l. un. C. de lit. conteſt.* Gail. *d. obſ.* 48. Weſenb. *par. de jud. num.* 6. Diſſidium haud difficile compoſitu. Nam aut vocem Judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione uſque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii eſt pars ultima, aut preſſius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii a lite conteſtata uſque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. Priore ſenſu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii eſt, quam litis conteſtatio, cauſæ cognitio, &c. unde ea quoque, quæ apud magiſtratum in jure fiunt, dicuntur in judicio fieri, paſſim *tit. ff. de interreg. in jur. fac. l. 2. §. 2. ff. qui ſatiſd. cog. l. 1. §. pen. & ult. ff. de admin. tut. l. ult. ff. ſi quis in jus voc.* poſteriore proprie judicii pars non eſt, ſed tantum principium & preparatio judicii inſtituendi, neque enim proprie aut judex aut judicium ullum eſſe intelligi-

ligitur, antequam lis ſit conteſtata, *d. l. un. C. de lit. conteſt.*

Sed hic nobis occurritur primum ex eo, quod in jus vocatio operetur præventionem, id eſt, ſi quis poſtea quam in jus vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus, *l. 7. ff. de judic. c. propoſuiſti, ext. de for. compet.* Unde dicendum videtur in jus vocationem etiam judicii proprie dicti partem eſſe, & judicium cœptum intelligi, ſimulatque reus in jus vocatus eſt, *per l. ubi acceptum, ff. de judic.* Reſpondeo etiam ſi hic effectus eſt in jus vocationis, ut reus, licet poſtea alterius fori eſſe cœperit, litem apud eum, ad quem vocatus eſt, porro conteſtari & cauſam in judicium deducere debeat, ex eo tamen non ſequitur in jus vocationem partem eſſe judicii, aut judicium jam eſſe cœptum, voce judicii ſtricte ſumpta. Nam judicio cœpto, ne actor quidem conſilium mutare, & ad novum judicem reum vocare poteſt, ita cape *d. l. ubi acceptum, 30. l. ſi is, 34. ff. de judic.* At in ſpecie propoſita, quidni liceat actori ante litem conteſtatam conſilium mutare, reumque convenire in foro recens quæſito, *arg. l. ſi quis, 112. ff. de verb. oblig.* Nam utique reo competere non poteſt exceptio præventionis, qui non prævenit, ſed præventus eſt. Litis autem pendentiæ exceptio competit demum poſt litem conteſtatam: & tunc actor etiam invitus in judicio retineri poteſt, poteritque reus ipſi actori volenti cauſam ad forum recenter quæſitum trahere exceptionemque opponere litiſpendentiæ. Adde quod judicii inchoati etiam hæc vis eſt, ut actorem mutuæ petitione rei obnoxium reddat, quam mutuam petitionem pragmatici nunc reconventionem vocant, *l. qui non 22. ff. de judic. l. cum Papinianus, 14. cum auth. & conſequenter, C. de ſent. & interloc.*

Secundo objicitur, quod jure noviſſimo in actionibus realibus per ſolam citationem vel libelli oblationem principi factam & judici inſinuatam, & per eum futuro reo cognitam res fit litigioſa, *auth. litigioſa*, & ibi DD. *C. de litig.* Ex quo non male inferri videtur jure Novellarum Judicium cœptum intelligi, ſaltem in actionibus in rem, ſtatim atque reus in jus vocatus eſt. Et porro cum jure Canonico hoc generale cenſeatur, ut ſcilicet tam in actionibus perſonalibus, quam realibus per inſinuationem citationi res vitio litigioſi afficiatur. *Clem. 2. ut lit. pend. nihil innov.* ex eo utique hujus juris intuitu judicium a citatione inchoari recte colligi putatur per *c. gratum, de offic. delegat.* Reſpondeo ne hæc quidem collectio firma eſt: neque enim ex eo, quod placuit rem per citationem fieri litigioſam, ut ea poſtea alienata vel pignorata emptori vel creditori obſtet exceptio litigioſi, ſequitur protinus judicium eſſe cœptum: non magis quam ex eo, quod citatio operatur præventionem, quod perpetuat juriſdictionem delegati, de quo in *d. c. gratum*, aut quod ex ſola additione prætoris effectus prorogationis inducitur *l. ſi convenerit, 18. ff. de juriſd.* Nam illa effecta judicii cœpti actionum, quæ alias tempore aut morte perituræ erant, judicio ſemel incluſarum perpetuatio, fructum in ſtrictis judiciis poſt acceptum judicium præſtatio, exceptionum dilatoriarum excluſio, &c. non ſunt effecta in jus vocationis, ſeu citationis, ut nunc paſſim loquuntur, ſed manent adhuc propria litis conteſtatione, utpote per quam demum res in judicium deducitur & cognitioni judicis ſubjicitur, *l. un. C. de lit. conteſt.*

CAPUT VI.

An pactum unius ex correis debendi aut credendi alteri proſit, aut noceat.

EXPLORATI juris eſt, neminem ſua pactione alteri nocere poſſe, ac ne ei quidem, cujus eſt in poteſtate, *l. ſi ſibi, 17. §. pen. l. ſi unus, 27. §. 4. verſ. ante omnia, l. contra juris, 28. §. 2. l. ult. ff. de pact.* in tantum, ut ne quidem procurator omnium bonorum poſſit actionem domini gratis remittere, *d. l. 28. §. 2.* ex quo loco temperandi textus in *l. 12. & l. 14. ff. eod. per leg. 12. de tranſact. l. pactum curatoris, 22. C. de pact.* Sed nec pactione noſtra alteri, cujus juri ſubjecti non ſumus, aut cujus rebus adminiſtrandis non ſumus præpoſiti, poſſumus prodeſſe, ut inde aut actio aut exceptio ei acquiratur, *l. ſtipulatio, 38. §. alteri, 17. ff. de verb. oblig. l. 11. ff. de oblig. & act. l. quo tutela, 73. §. ult. de reg. jur.* Hinc eſt, quod nec pactum fidejuſſoris proſit reo principali, *l. fidejuſſoris, 23. ff. de pact.* quamquam ſi expreſſe convenit, ne a reo quoque petatur, hoc caſu propter connexionem obligationum reo quoque dari exceptionem placuit, non pacti conventi, ſed ſubſidiariam doli, *l. item in duobus, 25. §. ult. & l. ſeq. d. tit.* Quod vero ex contrario placet etiam pactum generale debitoris, ſive in rem factum, fidejuſſori quoque prodeſſe, mirum videri non debet: quippe cum ut fidejuſſori proſit, ipſius quoque debitoris interſit, propter mandati judicium. Nam ſi nulla ſit fidejuſſori mandati actio, verbi gratia, ſi donandi animo fidejuſſor intervenerit, pactum rei fidejuſſori ad exceptionem minime proderit, *l. & heredi, 21. §. ult.* junct. *l. quod dictum, 32. eod. tit.*

De pacto unius e duobus reis promittendi aut ſtipulandi quæſitum, an non id ſaltem alteri proſit aut noceat? Et ſiquidem unus ex correis debendi, qui & ſocii ſint, pactus ſit, ne a ſe petatur, quin id pactum cæteris quoque proſit, vix ambigitur, propter regulam,

d. l. 21.

d. l. 21. §. ult. l. 33. in fin. & text. in l. 25. ff. d. t. l. 62. ff. ad l. Falc. Nam hic quoque paciſcentis intereſt a ſocio promittendi reo non peti: quia ſi ſolvat, id alteri judicio ſocietatis reputabitur. Obſtat tamen *l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi Julianum reſpondiſſe Ulpianus refert, ſi uni ex correis ſociis liberatio legata ſit, non pacto, ſed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, alter inquietetur: quibus verbis non obſcure ſignificare videtur pactum unius rei debendi alteri non prodeſſe, licet ſocii ſint. Ego vero nego Julianum ideo requirere, ut in caſu illi propoſito liberatio non pacto, ſed per acceptilationem fiat, quia pactum unius e reis promittendi ſociis alteri non prodeſt, ſed quia non prodeſt ipſo jure. Atque ita adhuc fieri poſſet, ut dum actio, quæ ipſo jure ſublata non eſt, adverſus alterum ab herede inſtituitur, is cui liberatio legata, oblique inquietetur. Hæc eſt ratio cur Juriſconſultus in dicta ſpecie liberationem fieri voluit per eum modum, quo penitus & ipſo jure obligatio perimitur, ut ſcilicet in omnem eventum legatario proſpectum ſit. Quid ergo ſi rei debendi non ſint ſocii, an hic unius pactum alteri non proderit? Puto non prodeſſe? atque ut ita ſentiam, multa me movent. Primum quia hic paciſcentis nihil intereſt a correo ſuo pecuniam non peti: quippe qui, etſi poſtea conventus a communi creditore ſolvat, nullam adverſus eum, qui pactus eſt, actionem habet, ut hic ceſſet regula *d. l. 21. §. ult. ff. de pact.* Secundo movet me locus Ulpiani in *d. l. 3. §. 3. ff. de lib. legat.* ubi juriſconſultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata eſt, agendo quidem conſequi poſſe, ut pacto liberetur, ſed non, ut per acceptilationem, ne etiam correo liberatio proſit. Qui locus apertiſſime ſententiam noſtram confirmat: quid enim apertius ad ejus confirmationem afferri poteſt, quam quod ibi JCtus ait, uno quidem accepto liberato utrumque liberari, pactione autem unius duntaxat, qui pactus eſt.

Duo tamen huic ſententiæ objiciuntur. I. reſponſum Pauli in *l. 25. pr. ff. de pact.* II. reſcriptum Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de duob. reis*. In *d. l. 25. pr.* idem ait Paulus, in duobus reis promittendi & duobus argentariis ſociis. Quid autem hic cum quo idem? an idem quod in conventione fidejuſſoris, quam reo non prodeſſe, niſi fidejuſſor ſit in rem ſuam, idem Paulus in *l. 23. pr. & l. 24. ff. eod.* reſpondit? Minime. Nam pactum unius e duobus ſociis alteri quoque prodeſſe debet propter judicium ſocietatis. Sed idem, quod in pacto rei principalis ut quemadmodum illud fidejuſſori quoque prodeſt, *d. l. 23. in fin.* ſic unius ex argentariis vel reis promittendi ſociis pactum alteri quoque proficiat: utroque enim caſu paciſcentis pecuniariter intereſt, ne pecunia ab altero petatur; rei principalis ne a fidejuſſore propter mandati judicium: unius e duobus reis vel argentariis ſocii, ne a ſocio, propter judicium ſocietatis, quo alioqui id paciſcenti reputaretur. Non enim tantum de argentariis ſociis, ſed etiam de reis promittendi ſociis, *d. l. 23.* loquitur. Eſt veriſſimum quod Cujacius monet, cum fine *d. l. 23.* immediate conjungi debere *d. l. 25.* utpote quæ alterum exemplum habeat, quo paciſcentis principaliter intereſt: quod & inſcriptio & res ipſa indicat.

Alterum quod huic ſententiæ obſtare plerique putant, eſt *l. 2. C. de duob. reis*, ubi Impp. reſcribunt, ſi unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, quod ultra dimidiam ſuam ſolvit, eum poſſe repetere: quod ſic accipiunt, poſſe repetere etiam citra ceſſionem in correum actionis, videlicet ſubſidiaria actione negotiorum geſtorum: & ſecundum id ſæpe judicatum eſſe teſtantur Ant. Fab. *C. ſuo for. de duob. reis, defin.* 1. Chriſtin. *vol. 3. dec. 114. & vol. 4. dec. 173.* Jam vero hoc poſito, unum e duobus reis debendi ſolventem poſſe id quod partem ſuam excedit, repetere, ex eo recte colligitur etiam unius paciſcentis, ne a ſe petatur, intereſſe ne petatur a correo ſuo, & conſequenter id pactum etiam correo profuturum, ne ſi forte is ſolidum ſolvat, pro parte id ab eo, qui pactus eſt, repetat. Ego autem non video, quæ in propoſita quæſtione actio ſolventi citra ceſſionem competere poſſit. Illud utique certum eſt, ſolutione unius ipſo jure totam perimi obligationem, §. 1. *Inſt. de duob. reis, l. 2. l. 3. in fin. ff. eod.* ut nulla jam creditori ſuperſit actio, quæ cedi poſſit. Nec ulla dari poteſt ratio, cur cum uno ex pluribus fidejuſſoribus ſolidum ſolvente ſine pacto aut ceſſione nulla detur adverſus confidejuſſores actio, *l. ut fidejuſſor. 39. ff. de fidejuſſ. l. Modeſtinus, 78. ff. de ſolut.* danda ſit uno e reis principalibus ſolvente adverſus correum. Sed nec ſuo nomine adverſus correum actionem habere poteſt: non actionem mandati, quod nullum interceſſit: non actionem negotiorum geſtorum, quia non alienum, ſed ſuum negotium ſolidum, quod debebat, ſolvendo geſſit: non denique actionem communi dividundo aut pro ſocio, quarum neutra competit citra communionem, *l. 1. l. 2. ff. comm. divid.* accurate Ant. Fab. *lib. 11. conject. 6. & ſeq.* contra Card. Molinæum *ad d. l. Modeſtinus, de ſolut.* Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. 2. Cod. de duobus reis*? Putamus eam commodo accipi poſſe de duobus reis, qui in rem communem pecuniam mutuo acceperunt; dicitur enim expreſſe in textu *pecunia communiter mutuo accepta*; ut hoc e. u. uno ſolidum ſolvente, aut actio pro ſocio, ſi ſocii fuerint, aut communi dividundo adverſus alterum competat, *arg. l. 2. pr. ff. comm. div. junct. l. ut ſit, 31. ff. pro ſoc.* add. Perez. *ad tit. C. de duob. reis, num. 10. & ſeq.* Gomez. 2.

par.

Digitized by Google

var. reſol. 12. *in fin.* Plane ſi nominatim perſona correi quoque pacto comprehenſa fuerit, proderit ei pactum ad exceptionem doli, per *l.* 25. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de pact.*

Jam videndum ex contrario, an pactum unius ex reis ſtipulandi aut credendi alteri credendi correo noceat, puta ſi pactus ſit ſe non petiturum? Et hic iterum diſtinguendum videtur inter ſocios credendi reos & ſimplices. Si ſint ſocii, puto pactum unius alteri ita non nocere, ut neque proſit. Nam pro ea ſaltem parte obſtabit correo petenti exceptio, quam ille toto ſoluto ſocio reſtituere teneretur judicio ſocietatis. Quam autem partem ipſe conſequitur, eam non tenetur communicare ſocio, quippe cujus pactione effectum, ne integrum conſequi potuerit. Unde autem ſummi juris ratio efficere videatur, ut nullo modo unius pactum alteri noceat, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum ſingulorum perſona tota obligatio conſiſtit; æquitatis tamen ratio facit, ut in propoſito ſaltem pro parte agenti obſtet exceptio, pro ea, inquam, parte, quam alioqui acceptam teneretur reſtituere ſocio.

Cæterum Ant. Fab. 11. *conject.* 18. & *in rational. ad l.* 27. *ff. de pact.* rejecta hac diſtinctione, contendit pactum unius e reis credendi ſociis alteri nocere in totum: utitur argumento *l. ſi duo*, 34. *de rec. arbitr.* ex quo loco ſic ratiocinatur: Si compromiſſum unius ex correis ſociis nocet in totum alteri, ita ut ſi is, qui compromiſit, vetitus ſit petere, neque alter petere poſſit; ergo eodem modo & pactum unius nocebit alteri. At compromiſſum nocet, &c. per *d. l. ſi duo*. Reſpondeo, falſum eſt aſſumptum: idque vel ex eodem loco demonſtrari poteſt. Non enim quæritur illic, an ſocius petere, quod promiſſum eſt, poſſit; ſed an petente illo ſtipulatio pœnalis interpoſita a ſocio, qui compromiſit, committatur? quod non obſcure affirmat juriſconſultus. Unde contrarium potius colligitur, nempe compromiſſum ſocio, qui non compromiſit, non obeſſe; utut eo quoque petente ſtipulatio pœnalis committatur, adverſus eum ſcilicet, qui compromiſit. Quod ſi correi credendi ſocii non ſint, conventio unius alteri non nocebit omnino, nunquam enim talia pacta vim ſuam exerunt extra perſonas paciſcentium, *l. ſi unus*, 27. §. 4. *verſ. ante omnia*, *ff. de pact.* & eo pertinet ejuſdem *l.* 27. *pr. verſ. ultim.* Aliud eſt, ſi unus promiſſori acceptum tulerit, *l.* 2. *ff. de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. ſi rem*, 31. §. 1. *ff. de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l. in duobus*, 18. *ff. de jurejur.* quia hæc omnia vicem ſolutionis obtinent. De jurejurando enim id quoque diſerte traditum in *l. jusjurandum*, 27. *ff. de eod. tit.*

CAPUT VII.

Si unius debiti plura ſint apud creditorem chirographa, an unius redditione cenſeatur obligatio remiſſa?

Si creditor debitori ſuo chirographum reddiderit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & debitum remiſiſſe, *l.* 2. §. 1. *ff. de pact. fac. l.* 3. §. 1. *ff. de lib. leg. l. qui chirographum*, 59. *ff. de legat.* 3. Quæ res dubitationem non habet, ſi creditori duntaxat una cautio expoſita, & ab eodem debitori reddita proponatur. Sed fingamus ejuſdem debiti plures cautiones ſive inſtrumenta creditori tradita, & unum ex his tantum debitori redditum, an hujus unius redditione ſimiliter obligatio tacite remiſſa cenſeri debeat, quæſitum eſt. Affirmant Bart. Bald. Caſt. Jaſ. *in d. l.* 2. *de pact.* quorum ſententiam ex profeſſo tuetur Bachovius *ad tit. ff. de pact. c. de ſec. div. pact. num.* 7. Negant Duar. Fort. Garſ. Paul. Buſ. *in d. l.* 2. excepto ſi id actum eſſe appareat, veluti ſi tabulæ non ſimpliciter redditæ, ſed aut donatæ ſint aut legatæ debitori. Movetur Bartolus, eumque ſecuti, hac ratione, quia unum tantum inſtrumentum eſt, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, per *l. unum*, 24. *ff. qui teſt. fac.* & quia tabulis reſtitutis non ſcriptum, ſed contentum reſtitutum intelligitur, *arg. d. l.* 2. §. 1. *de pact. l. qui chirographum*, 59. *de legat.* 3. *l.* 1. *C. de donat.* Bachovius autem pro defenſione ſententiæ Bartoli etiam quinque alia argumenta affert, quorum primum ſumptum eſt ex *l. veteribus*, 39. *ff. de pact.* quo loco cum Papinianus dicat, veteribus placuiſſe, pactionem obſcuram vel ambiguam ei nocere, in cujus poteſtate fuit legem apertius conſcribere, ex eo infert Bachovius, creditori imputandum eſſe, quod non apertius egerit, & contra eum eſſe juris præſumptionem, quod debitum remittere voluerit. Secundum Bachovii argumentum eſt, quod præferenda ſit ſententia humanior: eam autem eſſe, quæ favet liberationi, *l. Arrianus*, 47. *ff. de obl. & action.* Tertium, quia generalis eſt definitio tradita in *d. l.* 2. §. 1. *de pact.* nempe redditione chirographi hoc actum tacite intelligi, ne debita pecunia petatur. Quartum, quoniam nullus alius finis redditionis chirographi dari poteſt, quam debiti remiſſio. Poſtremum, quia ſi unum ex duobus chirographis debitori legatum eſſet, liberatio legata cenſeretur. Cæterum hæc ſententia aliis, ut dixi, diſplicet, & merito, meo quidem judicio; quippe qua admiſſa magna occaſio præbetur improbis hominibus fallendi bonos creditores ſuos: Nam debitori in proclivi eſt duo chirographa ejuſdem argumenti conſcribere, quorum alterum tradat creditori, alterum retineat, ut ſi quando ex eo, quod traditum eſt: convenia-

Digitized by Google

veniatur, proferat retentum, dicatque illud ſibi redditum eſſe a creditore: atque ita feneſtra aperietur fraudibus. Quapropter lubens ſubſcribo ſententiæ eorum, qui cenſent unius chirographi redditione non debere intelligi factam eſſe debiti remiſſionem, niſi id actum eſſe a debitore probetur: quod ſi id docere non poſſit, non ipſi, ſed creditori jusjurandum deferendum eſſe, nempe ut juret chirographum a ſe redditum non eſſe animo remittendæ obligationis. Atque huc etiam facit bonus textus in *l. ult. ff. de his quæ in teſt. del.*

Supereſt, ut reſpondeamus argumentis contrariæ ſententiæ auctorum. Et quidem illud Bartoli, unum inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum: verum igitur eſt inſtrumentum redditum eſſe, eſt ex eorum genere, quæ Ariſtoteli in poſter. analyt. dicuntur *ἀντιςρέφοντα*, ideſt, tale, ut pro creditore retorqueri poſſit in debitorem. Nam ut Bartolus ſic argumentatur pro debitore, unum tantum eſt inſtrumentum, quamvis pluribus tabulis conſcriptum, ergo verum eſt redditum eſſe: ita pro creditore contra debitorem hoc telum retorqueri poteſt, unum eſt inſtrumentum: atqui hoc a creditore retentum, igitur non eſt redditum. Quamquam nec illud ſimpliciter verum eſt, quod ait Bartolus, unum tantum eſſe inſtrumentum. Unus quidem eſt contractus aut una obligatio; at plures tamen hic eſſe cautiones ſive plura inſtrumenta recte dicitur, *leg. unum, 24. ff. qui teſt. fac. l. ult. ff. quæ in teſt. del.* Ad *l. veteribus, 39. ff.* de *pact.* unde primum Bachovii argumentum petitum eſt, reſpondeo, non temere quod Papinianus eo loco de interpretatione verborum pacti ambigui aut obſcuri tradit, trahendum eſſe ad pacta tacita, quæ ex facto aliquo colliguntur, præſertim ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur, & eo quidem etiam caſu, ubi alius iſtius facti finis dari poteſt. Vulgo dici ſolet vel frivolam cauſam excludere donationis præſumptionem, eo quod nemo facile ſuum jactare velle aut effundere præſumatur, *l. cum de indebito, 25. pr. ff. de probat.* & ibi DD. Cyn. Bald. & DD. *in l. 3. C. de non num. pec.* Ad ſecundum Bachovii argumentum eadem dari reſponſio poteſt, nempe non uſque adeo indulgendum eſſe liberationi, maxime ubi de præcedente obligatione conſtat, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe exiſtimandus ſit. Donare enim, perdere eſt, *d. l. 25. de prob. l. 7. pr. ff. de donat.* Ad tertium, definitionem *l. 2. §. 1. ff. de pact.* reſtringendam eſſe ad caſum, quo una duntaxat cautio, ut plerumque fieri ſolet, expoſita & eadem reddita eſt. Illud enim perraro evenit, ut debitor duo ejuſdem debiti chirographa tradat creditori: quamobrem nec de tali caſu cogitaſſe juriſconſultum credibile eſt, *arg. l. 3. & ll. ſeqq. ff. de legib.* Ad quartum quoque non difficilis reſponſio eſt, nempe cum creditor unum tantum e duobus ejuſdem debiti chirographis, quæ accepit, debitori reddit, non continuo credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alium hujus redditionis finem ſibi propoſitum habere potuerit, qui potius præſumendus ſit: nimirum ideo id creditorem feciſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Quod ſi animum remittendæ obligationis creditor habeat, cur quæſo, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium ajunt noſtri, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis, 19. pr. ff. de reb. cred.* Poteſt & hic finis addi, ne videatur creditor utraque cautione retenta aliquid malitioſe adverſus debitorem velle machinari. Poſtremum Bachovii argumentum petitum ex *l. 59. de legat. 3.* reſponſionem non meretur. Nos enim de eo caſu diſputamus, ubi e duobus chirographis unum redditur ſimpliciter, nec creditor id ſe donare profitetur. Legare autem donare eſt, *§. 1. Inſtit. de legat. l. legatum, 36. ff. eod. 2.* Nullum vero dubium eſt, quin ſicut donata, ita & legata cautione ſeu chirographo, & vel una, licet plures creditori expoſitæ, nomen ipſum ſive debitum donatum legatumque intelligatur, *d. l. 59. de legat. 3. l. ſervum, 44. §. cum qui, 5. eod. 1. l. 3. §. 1. ff. de lib. legat. cum ſimilib.*

CAPUT VIII.

An de controverſiis ex teſtamento ortis recte tranſigatur non inſpectis teſtamenti verbis? & quid hic ſtatuendum de pactione gratuita?

IN *l. ſub prætextu, 19. Cod. de tranſact.* traditur hæc regula. Sub prætextu inſtrumenti poſtea reperti tranſactio bona fide facta non reſcinditur. Quæ regula officium ſuum perdit ex communi Interpretum noſtrorum ſententia, & meo judicio vera, ſi tranſactio facta ſit ſuper controverſia ex teſtamento profecta, non inſpectis cognitiſque teſtamenti verbis, atque ex teſtamento poſtea prolato appareat læſum eſſe tranſigentem; & habemus in hanc ſententiam textum expreſſum in *l. 6. ff. de tranſact.* ubi hæc verba Caji leguntur; *De his controverſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, neque tranſigi, neque exquiri veritas aliter poteſt, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti*, cui geminus alter locus ejuſdem Caji in *l. 1. §. 1. ff. teſt. quemadm. aper.* Cujacius tamen ad *leg. 1. ff. de tranſact.* & Æmilius Ferretus putant hanc ſententiam falſam eſſe, & natam ex communi errore. Moventur hiſce fere rationibus: Primum, quia nulla ſufficiens ratio dari poteſt, cur tranſactio, quæ inter tranſigentes non minorem vim habet, quam res judicata, *l. non minorem, 20. Cod. de tranſact.* facta ſuper controverſiis ex teſtamento ortis ſub præ-

textu teſtamenti poſtea reperti reſcindi debeat contra definitionem generalem, *l. ſub prætextu*, 19. *C. d. tit.* & ſimiles textus *l.* 10. *l.* 16. *l. nec intentio*, 23. *C. eod. l. in ſumma*, 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* Sed hoc Cujacio & Æmilio viſum, dum ſuo indulgent ingenio: nam ſatis ſufficiens vulgo redditur, eoque duplex hujus juris ſingularis ratio; una, ne qui teſtamenta ſupprimunt aut conſulto diutius occultant, iniquum inde lucrum capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommiſſarii ad transigendum, & modicum forte præſens, pro relicto alicujus momenti, quod ignorant, accipiendum per *l.* 8. *pr. ff. de tranſact.* Altera, quod alias per hujuſmodi tranſactiones facile circumveniri poſſent ſupremæ hominum voluntates, quas exitum habere, etiam publice expedire creditur, *l.* 5. *ff. teſt. quemadmod. aper.* Bartol. & DD. *in d. l.* 6. Sande *lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. Quæ profecto ratio minime inepta eſt, quamvis id Cujacio videatur: nam eadem ratione motus Divus Marcus oratione in ſenatu recitata effecit, ut ne ſuper alimentis relictis tranſigi poſſit ſine prætore, *d. l.* 8. *pr. ff. de tranſact.*

Deinde putat Cujacius *d. l.* 6. *ff. de tranſact.* aut peregrinam eſſe, aut a propoſito alienam. Quippe apud Cajum in *d. l.* 1. §. 1. *teſt. quemadm. aper.* tranſigendi verbum non ad conventa, ſed per tranſlationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem illius reſponſi in titulum de tranſactionibus conjecit, nempe illam ipſam *l.* 6. cujus tamen ſententia falſa ſit, ſi verbum iſtud referas ad conventa ſeu compoſita. Ego vero hic deſidero judicium Cujacii, & verba hæc, *neque ſine judice tranſigi*, quæ ſunt Caji in *d. l.* 1. §. 1. *ff. teſt. quemadm. aper.* non ad judicata aut ſententias judicum, ſed ad conventiones referenda eſſe contendo: idque vel ex eo ſolo evincitur, quod alioqui verba illa in abſurdam & ſtultam abeunt ſententiam. Quis enim ita loqueretur, *ſine judice judicari non poteſt*? aut quis unquam de eo dubitavit? Caji ſententia minime obſcura eſt, neque partes tranſigere poſſe de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, ſine judice, apud quem ſcilicet tabulæ aperiri ſolent, neque aliter judicem judicare, quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti: non quod ipſa tranſactio auctoritatem deſideret judicis, ſed tabularum apertura & publicatio, ut cognita voluntate defuncti, ſi quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter tranſigere poſſit, *d. l.* 1. *pr. l.* 4. *l.* 5. *quemadm. teſt. aper. l. teſtamento*, 18. *C. de teſtam.* Weſemb. *parat. d. tit.* Coſtal. *in l.* 6. *ff. de tranſact.* Borcholt. *c.* 3. *de tranſact. n.* 14. qui & merito notant Accurſium, Bart. Bald. quod plus hic tribuant ſententiæ judicis, quam privatorum tranſactioni, quaſi judici liceret etiam ſine inſpectione tabularum ſententiam ferre, privatis non liceret tranſigere. Denique & Græci, quorum auctoritati etiam plus æquo tribuere Cujacius ſolet, verba Caji ſic reddiderunt, *περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιλονεικίαν ἐχόντων οὔτε διαλύεσθαι δυνατὸν, οὔτε τί ἀληθὲς ζητεῖσθαι, μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων*. Porro tria adhuc communi ſententiæ objiciuntur. Primum reſponſum Scævolæ in *l. Lucius*, 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* ubi caſus proponitur, quo poſt tranſactionem interpoſitam reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat: & tamen negat Scævola, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Reſpondeo in caſu, quem illic proponit & decidit Scævola, credendum omnino eſſe & præſupponendum, omnia legitime fuiſſe acta, teſtamentum inſpectum fuiſſe atque ex verbis teſtamenti ſatis conſtitiſſe de fideicommiſſo: neque poſtea aliud voluntatis ultimæ inſtrumentum, puta codicillos, quibus fideicommiſſario plus quam teſtamento relictum erat; ſed alia, quæ plus in bonis defuncti fuiſſe oſtenderent, reperta. Nam codicillis poſtea repertis & prolatis, non obſtante tranſactione, integra maneret fideicommiſſi petitio, *l.* 3. §. 1. *ff. de tranſact.* cum iniquum ſit pactione perimi id, de quo cogitatum non eſt, *l. qui cum*, 9. *in fin. ff. eod. tit.*

Objicitur ſecundo *l. non eſt ferendus*, 12. *ff. eod.* Reſpondeo, ſatis apparet ex verbis hujus loci, factam fuiſſe tranſigenti in ſpecie illic propoſita teſtamenti inſpiciendi copiam atque ab eo inſpectum lectumque, quamvis forte oſcitanter, quod ſuæ negligentiæ imputare debet. Plana eſt Juriſconſulti ſententia, nempe non eſſe audiendum eum, qui facta inſpiciendi copia, poſtea cauſetur de eo ſolo cogitaſſe, quod prima parte teſtamenti, non etiam quod poſteriore relictum ſit.

Poſtremo ex Joanne objicit Accurſius, quod tranſactio ſit rei dubiæ & incertæ, at poſt inſpecta teſtamenti verba rem non amplius eſſe dubiam, ſed certam. At quam jejuna hæc objectio! quaſi vero adhuc quæri non poſſit de mente & ſententia teſtatoris, de viribus teſtamenti, utrum Falcidiæ locus, &c. Illud obiter moneo, non eo minus ratam eſſe debere tranſactionem, quod adjecta non ſit clauſula, *viſis cognitiſque verbis teſtamenti*, dummodo doceatur tranſigentes gnaros fuiſſe eorum, quæ teſtamento cauta, licet tunc cum interponebatur tranſactio, forte lectum non ſit, Bart. *in d. l.* 6. Ant. Fab. *C. ſuo ſor. h. t. defin.* 1. Sande *lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15.

Reliquum eſt, ut jam examinemus quæſtionis interpoſitæ partem alteram, nempe quid hic ſtatuendum de pactione gratuita. Nam cum Cajus certis locis, *l.* 6. *ff. de tranſact.* & *l.* 1. §. 1. *ff. teſt. quemadm. aper.* nominatim & tantum

Digitized by Google

tum loquatur de tranſactione, quæſitum eſt, an ſolum ſaltem donationis cauſa liceat de controverſiis ex teſtamento dependentibus non inſpectis tabulis paciſci, litemque gratis remittere? Accurſius, cujus ſententiam ſecuti ſunt Bartolus, Bald. & Angel. *in d. l. 6.* putat non magis licere verbis teſtamenti non inſpectis de hujuſmodi controverſiis gratis paciſci, quam accepto aliquo tranſigere. Contra vero Albericus de Roſate, Guilielmus de Cumo, Caſtr. & Jaſ. paciſci de his gratis licere, quamvis tranſigere non liceat: quorum ſententiæ & nos ultro ſubſcribimus. Accurſius, cumque ſecuti, argumentum ducunt a paritate rationis, & pro vero falſum ſupponunt, eandem ſcil. hic eſſe tranſactionis & pacti gratuiti rationem. Magna enim & evidens hic inter pactum & tranſactionem differentia eſt: quippe qui tranſigit, decipi poteſt, accepto forte minimo pro bona ſumma, cum utique habere velit, quod ſibi teſtamento relictum eſt: at is qui ultro totum remittit, non decipitur, cum nihil habere cupiat: & poteſt unuſquiſque jus ſibi delatum repudiare.

Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. l. 9. §. ult. ff. de tranſact. l. tres fratres, 35. ff. de pact.* quibus locis pactum & tranſactio æquiparantur & pari paſſu ambulant. Sed quæ hæc argumentatio eſt? In caſibus dd. locis propoſita ſitis eadem pacti & tranſactionis eſt ratio, ergo & in caſu propoſito. Docent nos Logici non continuo quæ in uno & altero conveniunt, convenire in omnibus, aut in eo, ubi diſpar ratio. Neque nos dicimus pactionem gratuitam valere omni caſu, quo tranſactio non valet; ſed utilem eſſe in quæſtione propoſita, licet tranſactio inutilis. Quid quod omnibus iſtis locis aperte agitur de pacto decidendi cauſa interpoſito, quod nihil aliud eſt, quam tranſactio.

Affertur poſtremo pro eadem ſententia, quod apud Paulum *lib. 1. ſent. tit. 1.* legitur, *de his rebus paciſci nos poſſe, de quibus tranſigere licet.* Reſpondeo, ex eo nequaquam ſequitur, de quibus rebus tranſigere non licet, nec licere paciſci: pactio enim aliquando valida, ubi tranſactio non tenet: verbi gratia, de re judicata, aut jurejurando deciſa, aliave certa & liquida tranſactio interpoſita inutilis eſt; pactio donationis cauſa non item. Quamobrem cum textus illi ſupra ſæpe citati, *l. 6. ff. de tranſact. l. 1. §. 1. ff. teſt. quemadm. aper.* tranſactionem dumtaxat in propoſito prohibeant, eaque prohibitio aliquid ſingulare & tranſactionis proprium contineat, nolim eos ad pacta gratuita temere extendere.

CAPUT IX.

An vulgaris diſtinctio procuratoris univerſorum bonorum in ſimplicem & cum libera ex ratione juris noſtri defendi poſſit?

QUÆRI ſolet an mandati generalis hæc vis ſit, ut procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem quamcumque ad adminiſtrationem ſuam pertinentem pro arbitrio ſuo alienare, in aliumve transferre? Doctores noſtri duo genera hujuſmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio a domino commiſſa eſt; alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſcilicet hoc adjecto; & contendunt procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus alienandi habere, modo ne id fiat animo donandi: cum autem, cui ſimpliciter adminiſtratio, quamvis omnium bonorum, mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ corruptioni obnoxiæ. Verum mihi hæc diſtinctio ſuſpecta ſemper viſa eſt. Etenim cum ex mandato æſtimandum ſit, quid cuique in re aliena liceat, parem eſſe debere utriuſque procuratoris poteſtatem omnino dicendum videtur, & quod uni aut licet, aut non licet, id alteri quoque in re dominica licere aut non licere. Quid enim intereſt, ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo *libera?* Non magis hæc differunt, quam hæres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus adjecto *ex aſſe.* Adminiſtratio quantumvis ſimpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam ſi ſpecialiter de ſingulis mandatum eſſet, excepto ſi quid generali cujuſmodicunque mandato non continetur: qualia ſunt, donatio, *l. 7. ff. de donat.* manumiſſio, *l. 15. ff. de manumiſſ.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl. non poſſ.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l. 7. §. 1. ff. quib. mod. pign. ſolv.* item, quævis alia juris dominici remiſſio, *l. mandato, 60. ff. de procur. l. præſes, 12. C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis, *l. procurator tutorum, 63. ff. de procur.* junct. *l. 12. & l. ult. ff. de cur. furioſ. l. procuratorem, 16. C. de procur. l. 1. §. 1. ff. de offic. proc. Cæſ.* Hinc eſt, quod ei, cui, licet ſimpliciter, rerum omnium gerendarum provincia mandata eſt, rem domini in judicium deducit, *l. 12. ff. de pact.* quod iis tantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor. 22. & 27. ff. de admin. tut.* poteſt exigere & accipere, *l. 11. ff. de pact. l. qui hominem, 34. ff. de ſolut.* creditoribus ſolvere, *l. quodl. 87. ff. de ſolut. l. 59. ff. de procur.* novare, *d. l. 22. ff. de adm. tut. l. novare,*

20. §. 1.

20. §. 1. *ff. de novat.* tranſigere, jusjurandum deferre, *d. l. præſes*, 12. *C. de tranſact. d. l.* 12. *ff. de pact. l. jusjurandum*, 17. §. *ult. ff. de jurejur.* modo id faciat in cauſa domini, plane dubia atque incerta ex defectu probationum, *arg. l. tutor.* 35. *pr. ff. de jurejur.* neque enim hoc ſic accipi debet, ut tranſigere aut jusjurandum deferre poſſit, etiamſi paratas habeat probationes, quibus id quod intendit, haud difficulter queat oſtendere, *l. mandato*, 60. *ff. de procur. d. l. præſes*, *C. de tranſact.* Poteſt & rem domini pignori dare, utique ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuam pecuniam accipere, *l.* 12. *ff. de pign. act.* Poteſt denique & vendere, quæ ſervando ſervari non poſſunt, *l. procurator*, 63. *ff. de procur.* & quatenus negotiorum exigit adminiſtratio, etiam alia quædam ob evidentem utilitatem alienare, *arg. d. l.* 12. & *l. ult. ff. de cur. fur.* Jam ego quæro, an plus in re domini licere debeat ei, cui libera adminiſtratio permiſſa eſt? Non puto, utut enim liberrima, adminiſtratio tamen eſt, nihil amplius.

At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt aliud pro alio permutare, *l. procurator*, 58. *ff. de procur.* Fateor inquam: ſed hoc verum eſt & in eo, cui ſimpliciter bonorum omnium adminiſtratio commiſſa: in utroque autem hoc ſic accipiendum, ſi conditio & ratio adminiſtrationem id flagitet. Atque eodem modo temperandum & explicandum, quod apud Cajum *l.* 9. §. 4. *ff. de acq. rer. dom.* & apud Juſtinianum, §. *nihil autem*, 42. *Inſt. de rer. diviſ.* relatum eſt, eum, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa eſt, rem ex negotiis ſibi commiſſis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane poteſt mandatum ita concipi, ut poſt generalem clauſulam quædam etiam ſpecialiter exprimantur, quæ alioqui aut non conceſſa, aut non tam plene conceſſa intelliguntur. Cujuſmodi mandati exemplum & formulam habemus apud Scævolam in *l. creditor*, 60. §. *Lucius*, 4. *ff. mand.* Inſtant porro hoc modo, ſi filiusfam. & ſervus, liberam peculii adminiſtrationem habentes, res peculiares diſtrahere & alienare poſſunt, ſine ſpeciali voluntate patris aut domini: ergo & procurator, cui libera rerum domini adminiſtratio conceſſa eſt, poterit eas res ſine ſpeciali domini mandato ſimiliter alienare. At verum eſt antecedens, *l. ſi convenerit*, 18. §. *ult.* & *l. ſeq. ff. de pign. act. l. ſi quis*, 41. §. 1. *ff. de rei vind. l. contra*, 28. §. *ult. ff. de pact. l.* 8. §. 5. *ff. quib. mod. pign. ſolv. l.* 10. *C. quod cum eo, qui in al. pot.* ratio autem connexi per ſe ſatis videtur manifeſta. De connexione mox videbimus. Concedimus interim antecedens: ſed hoc dicimus, nihil intereſſe utrum ſervo aut filio peculii adminiſtratio permiſſa ſit, adjecto, an omiſſo verbo *libera*: nam & liberam permiſſam intelligi cum ſimpliciter permiſſa eſt: nec uno caſu plus juris contineri ſervove aut filiofam. tribui, quam altero. Hujus rei certiſſimum argumentum eſt, quod eadem omnia, quæ ſuperioribus locis conceduntur, liberam peculii adminiſtrationem habentibus, alibi permittuntur etiam iis, quibus ſimpliciter peculii adminiſtratio commiſſa, *l.* 13. *in fin. pr. ff. de cond. ind. l. pen.* §. 3. *ff. de diverſ. & tempor. præſcr. l.* 48. §. 1. *ff. de pecul. l. ult. ff. de novat.* Alterutrum igitur dicendum eſt, aut procuratores omnium bonorum, ſive ſimpliciter ſive cum libera conſtitutos, ſimiliter poſſe res domini quaslibet alienare & diſtrahere, ut ſervi aut filii, qui ex permiſſu domini aut patris peculii adminiſtrationem habent, diſtrahere & alienare poſſunt res peculiares: aut falſam eſſe propoſitionis in ſuperiore ſyllogiſmo connexionem: eo quod plus in hoc caſu liceat ſervis & filiisfamil. quam bonorum procuratoribus. Prius ne ipſi quidem interpretes admittunt, niſi in procuratore conſtituto cum libera: alterum ergo dicamus neceſſe eſt, argumentationem a ſervis & filiis peculii adminiſtrationem habentibus non procedere ad bonorum noſtrorum procuratores. Nec ratio diverſi juris adeo obſcura eſt: idcirco enim ſervis & filiisfamil. peculii libera adminiſtratione conceſſa, rerum quoque peculiarium diſtrahendarum facultas conceſſa intelligitur, quia peculium eſt quaſi proprium quoddam patrimonium ipſius ſervi filiive familias a ſubſtantia & rationibus domini patrisve ſeparatum atque abſtractum, *l.* 5. §. 3. & §. 4. *l. peculium*, 39. *ff. de pecul.* quod in procuratore diverſum eſſe manifeſtum eſt. Adde quod una eademque ſervi & domini, una patris & filii perſona eſſe videtur, §. 4. *in fin. Inſtit. de inut. ſtipul. l. ultim. in fin. Cod. de impub. & al. ſubſt.* Plane non magis ſervi aut filiiſamil. quantumvis liberam peculii adminiſtrationem habentes, injuſſu patris aut domini donare poſſunt, quam rerum noſtrarum liberi adminiſtratores, *l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign. oblig. l.* 7. *pr. ff. de donat.* cum ſimilibus. Hæc eadem & Duareni ad *l.* 1. §. *per procuratorem*, 20. *ff. de acq. poſſ.* Donelli *lib.* 4. *comm. c.* 15. Vaudi *lib.* 1. *var. quæſt.* 47. ſententia eſt.

CAPUT X.

An recte interpretes ſtatuant, reſtitutionem in integrum eſſe remedium extraordinarium, & duplex hic intervenire judicium, reſcindens & reſciſſorium?

RESTITUTIO in integrum eſt cauſæ jure amiſſæ redintegratio. Ita definitur ab Impp. in *l.* 2. *C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. nec. non eſt*, ajunt, *cauſæ amiſſæ*, nam ubi cauſa amiſſa non eſt, reſtitutione non eſt opus, *l. in*

Digitized by Google

cauſa, 16. *pr. ff. de minor. l.* 3. *C. de in int. reſt. min.*

Ajunt, *redintegratio*: quoniam impetrata reſtitutione in integrum, omnia in priſtinum ſtatum reducuntur tam ex parte adverſarii, quam ex parte reſtituti. Omnis enim reſtitutio eſt reciproca, *l. quod ſi minor*, 24. §. 4. *ff. de minor. l.* 1. *& l.* 2. *C. ſi adv. tranſact.* Paulus *l.* 1. *ſent. tit.* 7. definit rei redintegrandæ actionem. At enim ipſa reſtitutio in integrum proprie actio non eſt, ſed res, quæ petitur & poſtulatur a magiſtratu.

Dicitur tamen actio figurate, ut ex contento continens intelligamus, ex reſtitutione poſtulationem litigatoris, quæ eam continet: quomodo etiam ſtipulationes prætoriæ actionis verbo contineri dicuntur, *l. actiones*, 37. *ff. de oblig. & act.* Hæc habeto ὡς ἐν προθεωρίᾳ. Occurrit autem in hoc argumento geminus interpretum error tum quod reſtitutionem in integrum pro judicio & auxilio habent extraordinario, tum quod duplex hic interceſſiſſe judicium, reſcindens & reſciſſorium, imaginantur. Uterque error natus ex veteris juris ignorantia. Prior ſtatim apparebit, atque cognoverimus quid ſit judicium ordinarium, quid extraordinarium. Ordinarium jus ſive judicium eſt, quod per actiones & interdicta, per judices datos, ſine prætoria cognitione civiliter exercetur, ut diſcere poſſumus ex *l.* 1. §. 2. *ff. ſi ven. tr. nom. mul. in poſſ. l. ult. ff. de privat. del. l.* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in poſſ. l.* 178. §. 2. *ff. de verb. ſign.* &c. Suetonius in *Claud. c.* 15. *Alium*, inquit, *interpellatum ab adverſariis de propria lite, negantemque cognitionis rem, ſed juris ordinarii eſſe, agere cauſam confeſtim apud ſe coegit*. Extraordinarium eſt, quod præter conſuetum judiciorum morem & ordinem exercetur prætore ipſo ex officio cognoſcente, non judicem dante. Cujus generis ſunt, cognitio de honorariis profeſſorum liberalium artium, medicorum, advocatorum; &c. *tit. de extraord. cogn. l.* 7. *D. l.* 1. *C. mandat.* Item de fideicommiſſis, *l.* 178. §. 2. *de verb. ſign.* de tranſactione alimentorum, *l.* 8. §. 18. *de tranſact.* & ſi quæ ſunt cauſæ ſimiles. Hæ autem cauſæ cum eſſent extraordinariæ, & ab ipſo prætore diſceptarentur, ſolebat prætor in edicto pro illo uſitato & translatitio verbo *judicium dabo*, aliud uſurpare, videlicet, *animadvertam*, l. 1. §. 1. *D. de minor. l.* 15. §. *ait prætor*, 25. *D. de injur.* Itaque nec harum cauſarum ullæ certæ & ordinariæ erant actiones aut formulæ, *l.* 24. §. *ult. D. de minor.* Hotomann. *lib.* 7. *obſ.* 4. Duar. *in l.* 7. §. 2. *de pact.* Briſſon. *lib.* 5. *&* 13. *de verb. ſign.* Nunc videamus an cauſas reſtitutionis in integrum prætor ſuæ juriſdictioni & cognitioni extra ordinem reſervarit, an more judiciorum ordinario atque uſitato judicem in his actionemque dederit? Non ipſum prætorem judicaſſe, ſed judicium dediſſe arguunt verba edictorum omnium, quæ huc pertinent, dempto uno de minoribus, *l. item ſi*, 14. §. 1. *D. quod met. cauſ. l.* 1. §. 1. *D. de dol. mal. l.* 2. §. 1. *D. de cap. min. l.* 1. *D. de alien. jud. mut. cauſ. l.* 1. *in fin. D. ex quib. cauſ. maj.* ubi prætor læſis reſtitutionem pollicetur data actione reſciſſoria. Hinc jam perſpicue apparet, judicia hæc non eſſe extraordinaria ſed ordinaria: eoſque perſpicue errare, qui aut hæc ſola, aut quod minus ferendum, cætera quoque beneficia prætoria extraordinaria eſſe remedia exiſtimant, quos vel ſolæ refellunt bonorum poſſeſſiones; ut omittam actiones prætorias Publicianam, Paulianam, Servianam, de conſtituta pecunia, ex jurejurando, de receptis, de dejectis & effuſis, innumeras alias. Excipitur ſola reſtitutio, qua minoribus 25. annis lubrico ætatis læſis ſuccurritur, quam prætor ſuæ juriſdictioni reſervavit: & ideo in hac cauſa non ait ſe actionem aut judicem daturum ex more judiciorum ordinario, & conſueto: ſed uti quæque res erit, animadverſurum, *l.* 1. §. 1. *ff. de minorib.* Unde Paulus in *l. quod ſi minor*, 24. §. *ult. eod. ex hoc edicto*, inquit, *nulla proprie actio vel cautio proficiſcitur: totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione*. Cætera vero dantur in modum actionis ordinariæ, ut jam demonſtravimus. Plane ſi quis reſtitutiones conſideret, quatenus in ſubſidium & fere non niſi aliis actionibus deficientibus conceduntur, quin hoc ſenſu remedia extraordinaria recte dicantur: nemo inficias ibit, *l. in cauſæ*, 16. *pr. ff. de minorib.*

Alter error interpretum eſt, quod duplex hic interveniſſe judicium imaginantur, reſcindens & reſciſſorium, duplicem libellum, duplicem litis conteſtationem, & ſententiam. Cui errori cauſam dedit edictum ex quibus cauſ. major. & textus in *l. qui proprio*, 46. §. *item quæritur*, *ff. de procur.* Reſtituuntur majores variis ex cauſis, & inter alias, ſi eorum ex neceſſaria aut juſta cauſa abſentium res uſucapta ſit, *l.* 1. *ff. ex quib. cauſ. major.* §. *rurſus*, 5. *Inſt. de actionib.* Hoc autem caſu ait Juſtinianus permitti domino reverſo reſciſſa uſucapione rem petere. Cui ſimile, quod ait Paulus in *l. in honorariis*, 35. *ff. de oblig. & action.* ei, cujus abſentis res uſucapta eſt, reſciſſa uſucapione actionem dari. Quæ ſcilicet eſt illa actio in rem prætoriam, quam noſtri paſſim reſciſſoriam vocant, *l. necnon*, 28. §. *ult. ex quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo*, 24. *de rei vind.* nonnunquam & reſtitutoriam, *l.* 3. §. 1. *ff. de eo per quem fact. er. l. qui proprio*, 46. §. 2. *ff. de procur.* Cæterum loca iſta nequaquam ſic intelligenda ſunt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor reſcindat uſucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res reſtitui: ſed ideo dicitur reſciſſa uſucapione hæc actio dari, quia prætor eam concedendo vi ipſa ſimul uſucapionem reſcindit, dum permittit ve-

teri domino ſic agere, ut petat rem ſibi a poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio intervenisſet, *l. 1. §. 1. l. ſed & ſi 26. §. ſi feriæ, l. necnon, 28. §. pen. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nulla, 24. C. de rei vind.* ex quibus locis perſpicue patet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere, cum actionem reſciſſoriam petenti concedit, *fac. l. 2. §. 1. ff. de cap. minut.* hoc ipſum & Ludovicus Gomeſſius odoratus eſt in *d. §. rurſus ex diverſo, Inſt. de act.* ſed explicare non potuit, aut ſolide confutare communem errorem. Porro nullum decretum hic antecesſiſſe, quo quod geſtum eſt, reſcinderetur, ſed reſciſſionem & reſtitutionem in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere actionem reſciſſoriam dando, argumento eſt, quod apud Juſtinianum legimus in *§. 5. Inſt. de action.* formula actionis reſciſſoriæ petitorem intendere poſſeſſorem uſu non cepiſſe, quod uſucepit: quæ utique formula non convenit actioni priſtinæ per reſciſſionem reſtitutæ; neque enim remota judicio reſcindenti uſucapione, huic formulæ & intentioni locus eſſe poteſt. At enim inquiunt, Impp. in *l. ult. C. quib. ex cauſ. major.* ajunt actionem reſciſſoriam, quam utilem ibi vocant, dari reſtitutis in integrum. Reſpondeo, hoc ipſum confirmare, quod nos dicimus, nempe in conceſſione actionis reſciſſoriæ ipſam reſtitutionem eſſe poſitam: atque interpretes abuti textibus juris, qui reſciſſa uſucapione utilem ajunt reddi actionem. Quippe quo nihil aliud ſignificetur, quod cum prætor cauſa cognita actionem concedit, perinde habeatur inſpecto exitu, ac ſi uſucapio reſciſſa eſſet: eaque verba reſpicere effectum formulæ, qua poſſeſſorem non uſucepiſſe intenditur.

Sed quid reſpondemus ad *l. qui proprio, 46. §. 3. ff. de procur.* ubi ſic Cajus lib. 3. ad edictum provinciale: *Item quæritur, ſi judicium acceperat defenſor, & actor in integrum reſtitutus ſit, an cogendus ſit reſtitutorium judicium accipere? & magis placet cogendum.* Hæc objectio videtur eſſe alicujus momenti: nam ex eo loco recte colligi videtur, eſſe aliquod judicium reſtituens ſive reſcindens, quod præcedat reſtitutorium ſive reſciſſorium. Sed non eſt tanti ponderis, ut plerique exiſtimant. Agitur illic de defenſore, qui eandem vicem ſubire cogitur, quam ipſe reus, *l. minor, 51. §. 1. ff. de procur.* Ponamus itaque caſum, quo contra minorem rem aliquam petentem ſive actione in rem ſive in perſonam, pro defenſore alienæ litis ſententia lata eſt, & minorem beneficio ætatis in integrum reſtitutum, data actione reſtitutoria. Hic defenſor cogendus eſt etiam judicium reſtitutorium ſive actionem reſciſſoriam accipere, quam etiam in ſe hoc ipſo, quod alienæ litis defenſioni ſe obtulit, ſuſcepiſſe intelligitur. Ubi autem hic duplex judicium, reſtituens & reſtitutorium? Conjicere licet, errorem hunc manaſſe ex ignoratione ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſeu magiſtratum tractabantur, quædam apud judices datos: cæterum revera unum tantum erat judicium, ideoque unus tantum libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed conſtituebatur a prætore data actione & judice, qui de re cognoſceret. Unde nec illa quæ apud prætorem fiebant, in judicio, ſed in jure fieri paſſim dicuntur. Reſtringitur autem vulgo neceſſitas duplicis judicii reſcindentis & reſciſſorii ad edicta, quibus vel propter ætatem, vel propter abſentiam læſis ſubvenitur. Mynſing. 2. *obſ.* 25. Oldendorp. *claſſ. 6. act.* 8. nec mirum, nam in actione de dolo, quod metus cauſa, ex edicto de alienatione judicii mutandi cauſa facta, & quæ datur in debitorem capite minutum, ſimplicitas & unitas judicii nimis evidens & conſpicua eſt.

CAPUT XI.

Quale ſit beneficium reſtitutionis in integrum, reale an perſonale: & an fidejuſſoribus quoque proſit?

QUIDAM putant reſtitutionem in integrum eſſe beneficium reale, moti hiſce fere rationibus. 1. Quia non tantum læſis ipſis, ſed etiam heredibus eorum datur, *l. non ſolum, 6. ff. de in int. reſtit. l. 3. §. Pomponius, 9. l. minor. 18. §. ult. ff. de minor.* 2. Quia & ad ſucceſſorem ſingularem tranſire poteſt, videlicet ex facto & voluntate minoris, ſi minor alicui hoc auxilium ceſſerit, *l. quod ſi minor, 24. pr. ff. d. t. l. alterius, 20. §. 1. in fin. ff. de tut. & rat. diſtr.* nempe non ceditur officium judicis, ſed jus implorandi officium judicis, quod actionis inſtar habet, *l. actionis, 37. ff. de obl. & act.* Vid. Mynſinger. 4. *obſ.* 18. *& ſeq.*

Sed magis eſt, ut hoc beneficium pro perſonali habendum ſit: neque enim rei aut cauſæ beneficium dici poteſt, quod variis ex cauſis perſonis læſis, lapſis aut circumventis conceditur. Et cum quæritur, an beneficium aliquod vel actio in rem ſit, id non tam ex eo, cui, quam adverſus quem detur, æſtimandum eſt, *l. actionem, 25. ff. de obl. & act.* Non obſtant loci in contrarium adducti. Nam ſi omnia, quæ heredibus competunt, eſſent realia, nullæ fere eſſent actiones perſonales: quippe quæ omnes heredibus quoque competunt, tametſi pœnales ſint ex maleficio, excepta una injuriarum, & ſi qua alia ſimilis inveniatur, *§. 1. Inſt. de perp. & temp. act.* Nec valet hæc argumen-

mentatio, cedi poteſt reſtitutionis auxilium, ergo eſt beneficium reale: nam omnes actiones in perſonam cedi poſſunt. Fatemur privilegia perſonalia, ſeu quæ certis perſonis tribuuntur, non tranſire in heredem; ſed cum perſonis, quibus tributa ſunt, finiri, *l. privilegia*, 196. *ff. de reg. jur.* at reſtitutio in integrum non competit jure privilegii in ſpecie ſic dicti, aut tanquam jus aliquod ſingulare, ſed magis tanquam remedium juris communis, & quod inſtar eſt actionis ordinariæ: non enim ex mera tribuitur gratia; ſed ipſa quoque juſtitia & æquitate dictante, quam ob cauſam etiam favorabile cenſetur. Stort. Odd. *p. 1. quæſt. 1. art.* 14. *& quæſt.* 50. *art.* 1. *de reſt. in integr.* licet ſuo ſenſu verum, quod detur contra jus civile, *l.* 35. *in fin. pr. ff. de obl. & act.* Porro beneficium reſtitutionis in integrum non eſſe reale ex eo quoque liquet, quod non prodeſt conſorti, ut ecce, quo fratres conſortes, unus major 25. annis, alter minor, de hereditate paterna cum tertio aliquo tranſegerunt: hoc minori quidem fragilitate ætatis læſo ſuccurretur, & proderit minori reſtitutio, cæterum pro parte duntaxat ſua, quatenus ſcilicet ipſius intereſt: fratri autem majori non proderit, *l. un. C. ſi in comm. ca. in int. reſt. poſtul.* Quod ſi reſtitutio minoris, ut interdum fit, ſocio quoque proſit, id propriam rationem habet; veluti agatur de re natura ſua individua, puta ſervitute communi fundo debita: hic enim non niſi in ſolidum reſtitutioni locus eſſe poteſt, nec minor commodum reſtitutionis ſentire, niſi conſorti quoque ſuo proſit, *l. ſi communem*, 10. *ff. quemadm. ſerv. amitt.* aut fundo, quem minor cum alio communem habebat, vendito, & minore in integrum reſtituto, emptoris interſit contractum in totum reſcindi propter incommoda communionis, *l. tutor*, 47. §. 1. *ff. de minor.* Cæterum in tota hac quæſtione diſtinguendum videtur inter cauſas reſtitutionum: ſi quidem actio de dolo, de alienatione judicii mutandi cauſa facta, reſtitutoria ex edicto de capite minutis mere ſunt perſonales: actio quod metus cauſa origine ſua & ipſa perſonalis, ut tamen in rem ſcripta ſit: actio reſciſſoria ex capite de majoribus fere in rem eſt: reſtitutio minorum imploratur contra eum, cum quo contraxerunt: quamquam interdum & adverſus tertium poſſeſſorem actio porrigatur, quod ſpeciale eſt, *l. in cauſa*, 13. §. 1. *ff. de min.*

Altera illa quæſtio, an beneficium reſtitutionis fidejuſſoribus quoque proſit, in cauſa minorum præcipue agitatur. Nam exceptionem doli mali & metus, etiam fidejuſſoribus competere certi atque explorati juris eſt, *l.* 7. §. 1. *ff. de except.* Quæritur ergo an hoc beneficium proſit etiam minorum fidejuſſoribus. Non prodeſſe reſponſum eſt, *l. in cauſa*, 13. *pr. ff. de minor. l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *l.* 2. *C. de fidejuſſ. min.* ex adverſo prodeſſe, *l. minor*, 51. *ff. de procur. l. ſi pupillus*, 89. *ff. de acq. her. l.* 2. §. 1. *ff. de adminiſt. tut. l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc auxilium*, *ff. de minor.* Hæc loca in ſpeciem contraria varie conciliantur, & quidem fere trifariam.

Pleriſque cum Accurſio in *d. l. minor*, placet hæc diſtinctio, aut creditor, qui cum minore contraxit, non poteſt aliter indemnis eſſe, niſi ſaltem adverſus fidejuſſorem ei actio detur; aut poteſt. Priore caſu cenſent, reſtitutionem fidejuſſori non prodeſſe, ſed efficaciter poſſe cum eo agi. Quia creditor ob hunc ipſum metum reſtitutionis & remedii prætorii fidejuſſorem a minore accepit, *d. l.* 13. *pr. de minor.* nec tamen fidejuſſorem adverſus minorem habere regreſſum: quoniam & contra ipſum fidejuſſorem, ne mandati actione experiatur, reſtituitur, *d. l.* 13. *l.* 7. *in fin. ff. de except. l.* 1. *C. de fidejuſſ. min.* Plane ſi dolo minoris deceptus fidejuſſor eum majorem putavit, mandati actio efficax eſt, quia in delictis minori non ſuccurritur. Quæ ſententia eſt, *d. l.* 1. *C. de fidejuſſ. minor.* Poſteriore caſu, ubi ſalva eſt creditori judicii in alium translatio, etiam ſubveniri fidejuſſori, ut in ſpecie *d. l. minor*, 51. *ff. de procur.* ubi creditori ſeu actori ſalva manet, contra principalem reum actio. Item in caſu *l. ſi pupillus*, 89. *ff. de acq. her.* ubi creditoribus ſalva eſt actio contra heredes legitimos ſi qui alii ſint præter reſtitutum vel contra coheredes adeuntes. Et ad hunc poſteriorem caſum quoque pertinere, *l.* 2. §. 1. *ff. de admin. tut. item l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc*, *ff. de min.* Diverſi juris hanc eſſe rationem, quia ſicut æquum eſt creditorem in damno non morari, ita eandem æquitatem ſuadere, ut fidejuſſori ſuccurratur, ſi creditori aliter conſultum ſit.

Alii pro regula ponunt fidejuſſores minorum beneficio reſtitutionis non juvari, quaſi ſua conventione hoc auxilium repudiaſſe videantur per *d. l.* 13. *pr. ff. de minor. fac. l.* 3. §. 4. *verſ. ſed an hoc*, *eod.* ubi dicitur interdum & fidejuſſori hoc auxilium prodeſſe: unde recte colligas, regulam eſſe in contrarium. Excipiunt autem caſum, quando fidejuſſor intercedit pro minore certæ perſonæ qualitatem inducente, quam deinde exuat beneficio ætatis: veluti ſi fidejubeat pro minore tanquam defenſore alienæ litis, & promittente judicatum ſolvi, ut in ſpecie *d. l. minor*, 51. *ff. de procur. l.* 2. §. 1. *ff. de adm. tut.* aut tanquam herede, ut in ſpecie, *d. l. ſi pupillus*, 89. *ff. ad acq. her.* Eum enim, qui pro his quatenus tales ſunt, intervenit, aperte id agere, ut ne teneatur depoſita hac qualitate. Donell. 21. *comm. c.* 14.

Ant. Faber *lib.* 8. *conject.* 3. *& ad l.* 13. *ff. de minor.* alia adhibita diſtinctione rem hanc expediendam putat, & nimirum intereſſe, utrum fidejuſſor pro minore intervenerit, tanquam pro alio quolibet, ſeu quomodo interveniret etiam pro majore, quod in dubio ſit

præſumendum, etiamſi ſciverit conditionem minoris, at quaſi pro minore & contemplatione juris prætorii, id eſt, ob eam duntaxat cauſam, ut creditori cautum eſſet, qui alioqui propter incertum ætatis ac reſtitutionis cum minore non contraxiſſet. Priore caſu prodeſſe fidejuſſori reſtitutionem a minore impetratam, perinde ac ſi a majore impetrata eſſet. Poſteriore vero non prodeſſe. Atque hanc diſtinctionem etiam Senatui Sabaudiæ placuiſſe teſtatur idem Ant. Faber, *Cod. ſuo for. tit. de fidej. min. defin.* 1. *& tit. qui & adv. quos in int. reſt. defin.* 2.

Ex tribus autem hiſce diſtinctionibus expeditiſſima & tutiſſima mihi videtur ſecunda: nam ratio primæ in caſu, quo etiam fidejuſſori ſuccurratur, non convenit ſpeciei *l. ſi pupillus*, 89. *ff. de acq. her.* Quid enim ſi nemo adeat hereditatem, ut quæ ſuſpecta ſit, nec omnino idonea? Quid enim ſi vetus aut alia actio propter inopiam aut abſentiam debitoris inanis ſit? Nec quod ad tertiam attinet, Ant. Fabro concedendum, fidejuſſorem minoris, quem ſcit minorem eſſe, in dubio non intelligi contemplatione juris prætorii interceſſiſſe. Imo cum fidejuſſor in hoc accipiatur ab eo, qui cum minore contrahit, quod et potius, quam minori fidem habeat, propter metum reſtitutionis, *d. l.* 13. *pr. ff. de min.* contrarium potius præſumendum: & ſibi imputet fidejuſſor, quod minoris conditionem non ignorans pro eo intervenerit. Quod vero fidejuſſori, qui minori heres extitit, ſalvum manet reſtitutionis auxilium, *l. Stichum*, 95. §. 3. *ff. de ſolut.* in eo fidejuſſoris eadem cum cæteris heredibus conditio eſt, *l.* 6. *ff. de in int. reſt. l.* 3. §. *Pomponius*, 9. *de minor.* Neque enim fidejuſſori qua fidejuſſori, ſed qua heredi ſalvum manet. Item quod placuit fidejuſſori qui pro minore dolo adverſarii circumſcriptio intervenit, prodeſſe exceptionem doli mali, quæ minori ex hac cauſa competit, *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l.* 2. *C. de fidejuſſ. min.* hoc ex eo eſt, quod hæc exceptio ex parte objicientis in rem potius eſt, quam in perſonam, *l.* 2. §. 1. *&* §. 2. *ff. de dol. mal. exc.* ac proinde ex earum genere, quæ vel invito debitore competunt fidejuſſori, *d. l.* 7. §. 1. *ff. de except. l. & heredi*, 21. §. *ult. ff. de pact.* Cui adde quod etiam majoribus eadem ex cauſa eadem exceptio detur. Cæterum non hoc ſolo caſu, quod quidam putant; reſtitutio fidejuſſori prodeſt, ut jam demonſtravimus. Unicum adhuc eſt, quod hic objici ſolet, nempe generalis illa regula, quæ definit in omni genere liberationis liberato reo principali liberari etiam acceſſiones, *l. in omnibus*, 43. *ff. de ſolut.* Sed huic objectioni ſic reſpondendum, regulam illam toties procedere & veram eſſe, quoties principalis obligatio aut ipſo jure tollitur, aut ſummovetur per exceptionem jure communi competentem, qualis eſt exceptio pacti, rei judicatæ, jusjurandi ſenatuſconſulti Vellejani &c. Secus autem eſt, quando manent obligatione tam naturali quam civili, perſona rei duntaxat ſubducitur, ſicut fit, cum minor reſtitutione utitur per *l. ult. ff. de duob. reis*.

CAPUT XII.

An dolus dans cauſam contractui bonæ fidei, eum reddat ipſo jure nullum.

QUÆSTIO hæc agitata eſt inter Doctores Citramontanos & Ultramontanos, quorum illi affirmant bonæ fidei contractum, cui dolus cauſam præbuit, ipſo jure nullum eſſe; hi negant. Illos ſequuntur Cujac. Coſtall. Buſ. *ad l.* 7. *ff. de dol. mal.* Don. Mynſ. Zaſ. *in* §. *actionum*, 28. *Inſt. de act.* Hos Coraſ. 2. *miſcell.* 8. Robert. *lib.* 3. *animadv.* 1. 2. *&* 4. Nos hic Citramontanorum caſtra ſequemur: in quæ & ſuprema Curia Hollandiæ conceſſit *dec.* 5. Primum hoc dicimus in contractu bonæ fidei, nullam circumſcripto competere actionem de dolo; Nam aut cauſam contractui bonæ fidei dedit dolus, & contractus, ut nunc ſupponimus, ipſo jure nullus eſt; ut puta nulla eſt venditio, nulla ſocietas, ſi quis cum animum contrahendi non haberet, in hoc circumſcriptus eſt & dolo adverſarii adductus, ut venderet, *d. l.* 7. *ff. de dol. mal.* aut ſocietatem contraheret, *l. in cauſæ*, 16. §. 1. *ff. de minor.* aut dolus incidit circa partem aliquam in contractu bonæ fidei, puta circa rei valorem aut traditionem aut pretii numerationem, & purgatur per actionem ex ipſo contractu deſcendentem, *dict. l.* 7. §. 3. *ff. de dol. l. Julianus*, 13. §. 4. *&* 5. *ff. de act. empt. l.* 2. *Cod. eod.* aut ſi conveniatur, qui dolum paſſus eſt, purgatur exceptione doli, quia exceptiones doli inſunt bonæ fidei judiciis, *l. ſed & ſi*, 21. *ff. ſolut. matrim. l. hujuſmodi*, 84. §. 5. *ff. de legat.* 1. In ſtricti autem juris contractibus non idem doli effectus. Hic enim ſive cauſam contractui dolus dederit, non reddit eum ipſo jure nullum; ſive inciderit, & in aliqua parte tantum acceſſerit, non purgatur actione ex contractu deſcendente, quæ ſtricti juris eſt: ſed ſpectatur duntaxat, utrum is, qui per dolum obligatus eſt, impleverit contractum, nec ne: ſi nondum implevit, exceptione doli mali agentem repellere poteſt, *l. ſi quis*, 36. *ff. de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. ſtipul.* actionem autem de dolo non habet: quippe quæ nec cum exceptione doli concurrit, *l. ult. ff. de dol. mal.* Sin autem implevit contractum, jam quia exceptionem doli non habet, ſi cætera quoque remedia ei deſint, dabitur ei actio de dolo, tanquam ultimum ſubſidium. Zaſ. Duar. Cujac. Donell. *in d. l.* 36. *de verb. oblig.*

Illud autem hic quæritur, an verum ſit quod cum

cum Citramontanis aſſerimus, ubi dolus cauſam præbet contractui bonæ fidei, contractum ipſo jure nullum eſſe; cum ſecus ſe res habeat in ſtrictis judiciis. Et verum eſſe ſatis perſpicue demonſtrat textus in *leg. 7. pr. ff. de dol. mal.* ubi juriſconſultus diſerte ait, nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo circumſcriptus fuerit minor, ut venderet: & notanda eo loco oppoſitio caſuum. Nam dum ait nullam eſſe venditionem, ſi in hoc ipſo, ut venderet, minor circumventus ſit, caſum hunc opponit caſui antecedenti, quo dolo incidente, non cauſam dante contractus ipſo jure valet. Non obſtat, quod juriſconſultus utroque caſu actionem de dolo in manumiſſum dat: ſiquidem Ulpianus ut ſententiam Juliani dicentis actionem de dolo in manumiſſum dari, qui a domino minore decepto venditus & ab emptore manumiſſus erat, conciliaret cum vulgata regula, quod actio de dolo cum alia actione non concurrit, cum huic videatur ſupereſſe ex vendito, docere voluit ſententiam iſtam Juliani duobus caſibus procedere. 1. quando emptio venditio valet, ſed emptor dolo caruit, ut non poſſit ob dolum a ſervo commiſſum actione ex vendito conveniri. 2. ubi emptor in dolo fuit, ſed minor in hoc ipſo fuit circumſcriptus, ut venderet, & ita dolus venditioni cauſam præbuit: quo caſu cum venditio ipſo jure nulla ſit, ſola ſuperſit actio de dolo.

Probatur hæc eadem ſententia, nec minus evidenter, ex *l. in cauſæ, 16. §. 1. ff. de minor.* ubi & majore 25. annis circumſcripto in ſocietate ineunda, contractus dicitur eſſe nullus, & minori eodem caſu negatur opus eſſe reſtitutione in integrum, quæ utique ei neceſſaria eſſet, ſi contractus ſubſiſteret. Addunt alii & textum in *l. 3. §. ult. ff. pro ſoc.* quo loco Paulus ſic ſcribit: *Societas, ſi dolo malo aut fraudandi cauſa coita ſit, ipſo jure nullius momenti eſt: quia fides bona contraria eſt fraudi & dolo.* Sed, ut verum fatear, alia videtur hujus loci eſſe ſententia, nimirum eam ſocietatem ipſo jure nullius eſſe momenti, quæ eo animo & propoſito contracta ſit, ut ejus occaſione alii fraudentur & circumveniantur: quia rei turpis & illicitæ nulla in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt, *l. 6. §. 3. ff. mandat. l. nec prætermittendum, 57. ff. pro ſoc. l. generaliter, 26. & ſeq. ff. de verb. oblig.*

Reſtat jam, ut examinemus & diluamus argumenta, quibus Ultramontani eorumque ſectatores adducti in contrariam ſententiam iverunt. Sed prius quam eo deveniamus, monendi ſumus in diſtinctione contractuum bonæ fidei & ſtricti juris, bonam fidem non ſimpliciter opponi dolo: quippe quem ab omnibus contractibus, etiam a ſtipulatione & mutuo abeſſe oportet, *l. 4. C. de oblig. & act.* ſed quadantenus tantum & ſecundum quid, nempe quatenus pletior & exuberantior fides in contractibus bonæ fidei deſideratur, eorumque naturæ magis adverſatur dolus malus: quod Impp. in *l. 5. C. de reſc. vend.* ſignificant, cum ajunt, dolum contrarium eſſe bonæ fidei, quæ in hujuſmodi maxime contractibus exigitur. Et ratio eſt, quia in hos alter alteri obligatur in id, quod ex bona fide, ex bono & æquo præſtari oportet, etiamſi de eo nihil cautum ſit, *§. in bona, 30. Inſt. de action. l. 2. §. 3. ff. de obl. & act.* & hinc eſt, quod etiam potentius operetur dolus, ad impediendam originem obligationis, in conſpectu bonæ fidei, quam ſtricti juris; dolus, inquam, contractui cauſam dans: nam incidens contractum nullum facere non poteſt.

Ultramontani tamen Petrus, Cynus, Joan. Faber, & recentiores nonnulli ſicut diximus, ab hac ſententia recedunt, contendentes contractus omnes, etiam bonæ fidei, quamvis dolus iis cauſam dederit, ipſo jure conſiſtere atque effectum habere, ſed reſcindendos eſſe actione ex contractu, aut de dolo, ſi alia non ſuperſit. Afferunt huic ſententiæ firmandæ innumeros locos; quorum præcipui *l. 11. §. ſi quis, 5. l. Julianus, 13. §. 4. & 5. item §. ſi colludente, 27. ff. de act. empt. l. ſi res æſtimata, 12. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. C. comm. utriuſque jud. l. 5. C. de reſc. vend.* Verum non eſt adeo difficilis ad hæc loca reſponſio: quoniam in pleriſque agitur de dolo incidenti, veluti in *d. l. 11. §. ſi quis virginem, 5. ff. de act. empt.* Nam in caſu illic propoſito venditor emptorem dolo malo non induxit ad emendum, ſed cum emptor animum emendi haberet & errore lapſus putaret ſe virginem emere, venditor ſciens emptorem errare, paſſus eſt eum in hoc errore hærere: non autem affirmavit eſſe virginem, quo eum ad emendum induceret: qui error corrigitur data actione exempto ad emptionem reſolvendam. Sic quoque in *d. l. 13. §. 4. & 5.* non proponuntur caſus, quibus quis dolo inductus & in hoc circumventus eſt, ut emeret vel venderet: ſed ut res pluris vel minoris emeretur, vel venderetur. Similiter ex eo, quod in *§. ſi quis colludente, 27. d. l. 13.* juriſconſultus proponit colludente procuratore, venditionem factam, non ſequitur neceſſario dolum dediſſe cauſam contractui. Multoque minus ex *d. l. 12. §. 1. ff. de jur. dot.* cum procul dubio nuptias contrahere mulier voluerit, nec ea in dote promittenda circumventa fuerit, ſed in æſtimatione & traditione ſervi. Nec denique ex *l. 3. Cod. comm. utriuſque jud.* neque enim illic agitur de dolo, qui diviſioni cauſam præbuit, ſed admiſſo in ipſa diviſione, qui dolus eſt incidens & ſic quoque capiendæ *l. 7. §. 1. depoſ. l. 49. de O. & A. l. 79. pro ſoc. l. 43. §. ult. l. 66. §. 1. l. 68. §. 1. de contr. empt. &c.* Sane in ſpecie *dict. l. 5. Cod. de reſcind. vendit.* dolum dediſſe cauſam contractui; verba ipſa ſatis aperte oſtendunt & tamen etiam eo caſu reſcindi dicitur venditio.

ditio. Sed bene reſpondet Cujacius, nihil aliud his verbis, *venditionem reſcindi*, eo loco ſignificari, quam data & tradita revocari conditione ſine cauſa. Nam proprie ipſa venditio, quæ nulla eſt, non poteſt dici reſcindi, ſed reſcindi dicitur ab effectu, qui ſecutus eſt, quoniam dominium per traditionem translatum erat, *l. 7. pr. ff. de dol. mal. l. dolus*, 10. *C. de reſc. vind.*

Utuntur præterea Ultramontani duobus argumentis, & quidem quæ digna ſunt conſideratione. Primum tale eſt: ubi adſunt ſubſtantialia contractus, ibi non poteſt contractus ipſo Jure eſſe nullus; atqui licet dolus cauſam dederit contractui bonæ fidei, adeſt conſenſus, adſunt alia eſſentialia: ergo ipſo jure non eſt nullus. Ad propoſitionem quod attinet, monendi ſumus contractus non ex mero jure gentium hic conſiderari oportere, ſed quatenus jure civili recepti & approbati. Aſſumptio falſa videri poteſt, propterea quod dolus excludat conſenſum: cæterum ita ſtabilitur. Si vis & metus non excludit conſenſum nec contractum vitiat, nec dolus excludet &c. At verum antecedens: ergo & conſequens. Ratio connexi eſt, vel quia vis & coactio maxime videtur contraria eſſe voluntati, *l. nihil conſenſui*, 116. *de reg. jur.* vel quia in vi & metu etiam dolus ineſt, *l. 2. §. doli mali*, 8. *ff. de vi bon. rapt.* Antecedens non obſcure negat Cujacius in *l. ſi quis*, 36. *ff. de verb. oblig.* & aperte Donellus in *l. 1. C. de reſc. vend.* veriſſimum tamen eſſe argumento ſunt verba ipſa edicti prætoris, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo*, neque enim reſtitutione opus eſſet, ſi contractus ipſo jure non valeret: & non niſi inſulſe atque inepte ad metum & vim quandam incidentem edictum hoc referre poſſit. Accedunt expreſſi textus in *l. 4. l. 5. C. de his quæ vi metuſv. ca.* ex quibus manifeſte patet, vim & metum non efficere, ut contractus quamvis ſit bonæ fidei, & cui metus cauſam dederit, ſit ipſo jure nullus: ſed eo non obſtante actionem & exceptionem quod metus cauſa dari. Movere non debet, quod ſcriptum eſt in *l. ſi mulier*, 21. §. 3. *ff. quod met. ca. Si dos metu promiſſa ſit, nullam naſci obligationem, nec talem promiſſionem dotis ullam eſſe*. Hoc enim ſpeciale eſt in promiſſione dotis metu extorta: quoniam favore dotis non datur reſtitutio: quoties autem contra actum, ſi valeret, non datur reſtitutio, toties actus metu geſtus ipſo jure non valet, *fac. l. 9. pr. l. ſi privatus*, 17. *ff. qui & a quib. man.* & quod notandum eſt, loquitur *d. l. 21. §. 3.* de dote ſtipulanti promiſſa: vix autem quiſquam eſt, qui dubitet talem promiſſionem, licet metu extortam, alias ipſo jure ſubſiſtere. Magis obſtare videtur *l. 1 C. de reſc. vend.* ubi Imp. Alexander ait venditionem per vim & metu extortam irritam eſſe. Sed recte reſpondet Accurſius, *irritam* poſitum eſſe pro irritandam, nempe per actionem quod metus cauſa; quia prætor talem venditionem ratam non habet, data actione quod metus cauſa, *l. 1. ff. quod met. cap. l. 3. & 2. ſeqq. C. eod.* ut exitu inſpecto actus hic ſit irritus, aut pro irrito habendus. Nos igitur cum Bachovio *de action. diſp. 6. th. 17.* negamus rationem connexi, & dicimus, a metu ad dolum non recte inferri. Quod ſi quis hic urgeat reſponſum Ulpiani in *d. l. 2. §. doli mali*, 8. *ff. vi bon. rap.* ubi ait, eum, qui vim facit, etiam dolo malo facere & in vi dolum ineſſe? reſponſio in promptu eſt, doli appellationem & generalem eſſe omnemque ſignificare improbitatem, malitiam ac propoſitum delinquendi, quo ſignificatu etiam vis dolus eſt, *l. 7. ff. ad l. Corn. de ſicar.* & ſpecialem, qua injuriæ illa ſpecies intelligitur, quæ ſit occulte & per ſimulationem, diſtinguiturque a vi, quæ aperta eſt, nec ſemper cum ea concurrit, quomodo Cicero dicebat, fraudem vulpeculæ vim leonis eſſe. Atque in priore ſignificatu dicimus JCtum Doli verbum accipere in *d. l. 2. §. 8. vi bon. rapt.* nec aliud intelligere, quam eum qui vim infert, pravum & improbum propoſitum habere, qui dolus apertus eſt, id eſt, manifeſta malitia & improbitas reipſa & facto declarata. At nos hic diſputamus de dolo in ſpecie dicto, quo intelligitur, qui eſt in verbis & occulte fit per ſimulationem: Sed parum proficimus, niſi ratio aliqua afferatur, cur eum qui metu coactus verbi cauſa emit aut vendidit, placeat ipſo jure obligari, dolo malo inductum non item: cum non minus vis atque metus conſenſui, ſine quo nullus contractus ſubſiſtit contrarius ſit, quam dolus, *l. nihil conſens ſui*, 116. *ff. de reg. jur.* Putamus autem hanc eſſe rationem, quod in uno enixior & apertior voluntas eſt, quam in altero: utique enim & coacta voluntas vere voluntas eſt *d. l. 21. §. pen. quod met. ca.* ſicuti qui navis levandæ gratia jacturam facit, vult ſe liberari periculo voluntate enixa, ac ſeria. Ariſt. 3. Eth. 1. Sane quidem vis eſt contraria voluntati, ſed quatenus cauſam extrinſecus impellentem ſpectamus, non quatenus reſpicimus cauſam proximam & ipſum volendi & minus malum eligendi actum. Duæ enim hic conſiderandæ voluntates; una prior, altera vi poſterior: quarum priori vis eſt contraria, poſteriori vero tantum abeſt ut vis contraria ſit, ut eam etiam efficiat, ac proinde etiam cum ea conſiſtere queat. Errantis autem & dolo circumventi, ut ſit aliqua voluntas, non tamen tam enixa eſt & certa, quia decipitur. Non poſſumus dicere plane & omnimodo dolo interveniente tolli conſenſum, quod temere Bronchorſtius *cen. 1. aſſert. 57.* & alii nonnulli aſſerunt: nam hoc admiſſo ne contractus quidem ſtricti juris dolo cauſam conventioni præbente ipſo jure ſubſiſterent: cum nulli contractus, ac ne ſtipulatio quidem ſine conſenſu ullius momenti ſit, *l. 1. §. 3. ff. de pact.* Sed hoc dicimus etiamſi ſimpliciter & abſolute non deficiat conſenſus,

ſenſus,

Digitized by Google

ſenſus, tamen cum hic debilior ſit, quam in caſu objecto, & hæc ſit natura contractuum bonæ fidei, ut omnia præſtentur ex æquo & bono, & bonæ fidei, quæ in hiſce judiciis exuberantiſſime requiritur, maxime repugnet dolus malus, *d. l. 5. C. de reſc. vend.* ubi principium eſt vitioſum & infectum, nempe ubi alter alterum ad contrahendum dolo inducit, talem contractum jure valere non poſſe: ut ſtipulationem ſuſtineat verborum ſolemnitas, mutuum interventus rei, & obligatio unilatera. Et effectu pene idem eſt, quod Baldus in *l. ſub prætextu, 19. C. de tranſact.* ait, dolum in bonæ fidei contractibus excludere qualitatem ſubſtantialem (rectius dixiſſet naturalem) quæ ineſt a propria & ſpeciali natura contractus: ſed in ſtrictis judiciis eſſe contra qualitatem accidentalem duntaxat, & generalem omnium contractuum.

Alterum argumentum Ultramontanorum tale eſt: Qua ex cauſa tranſit dominium, ea non poteſt cenſeri ipſo jure nulla. At ex contractu bonæ fidei puta venditione, cui dolus cauſam dedit, tranſit dominium: ergo. Major eſt in *l. nunquam, 31. ff. de acq. rer. dom.* Aſſumptio probatur ex eo, quod nuſquam legimus hoc caſu dari vindicationem: quæ utique competeret, ſi dominium tranſlatum non eſſet. Quinimo ex *l. 7. pr. ff. de dol.* perſpicue probatur dominium in caſu, de quo agimus, transferri: alioqui enim manumiſſio non procederet, *l. 3. C. ſi adverſ. libert. fac. l. 10. C. de reſc. vend.* & miror Bronchorſtium id negare, *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. poſſ.* ad quam vel puer reſponderit. Hinc porro ſic colligunt; Ubi non impeditur translatio dominii, ibi multo minus impediri debet nativitas obligationis, per *l. 4. ff. de contr. empt.* Atqui ubi dolus cauſam dedit &c. Reſpondet Baldus in *l. 19. C. de tranſact.* ad huc modum: Concedo, inquit, quod fortius impeditur dominium, quam obligatio, quando eadem vel major ratio eſt impediendi: ſed quando ratio ordinatur ad obligationem impediendam, non dominium; ibi impeditur obligatio, ſed non dominium, ut in ſæpius allegata *l. 7. pr. ff. de dol.* Ratio, quia non procedunt ab eadem cauſa: nam obligatio non poteſt eſſe ſine vero & efficaci contractu, ſed dominium poteſt transferri ex cauſa putativa; unde non requirit efficaciam præcedentis obligationis. Hactenus Baldus, cujus nimirum hæc ſententia eſt, traditionem ipſam cum animo transferendi dominii factam ab eo, qui ſaltem putat ſubeſſe cauſam habilem & idoneam, licet nulla ſubſit, ſufficere ad tranſlationem dominii: idque verum eſſe indicio eſt indebitum per errorem ſolutum. Illud enim indebitum eſt, quod nulla ex cauſa vere debetur: & tamen ſi quis errore ductus putans ſe debere ex aliqua cauſa ſolverit, dominium transfert: quod ex eo liquet, quia ad repetitionem ſoluti tantum condictionem indebiti habet, non vindicationem, *tit. ff. C. de condict. indeb.* Sic licet matrimonium nullum ſit, tamen dos data non vindicatur, ſed per condictionem repetitur, *l. pen. C. de interd. matrim. int. pup.* Itaque recte Donellus in *d. l. 5. C. de reſc. vend. n. 3.* quod Paulus in *l. nunquam, 31. ff. de acq. rer. dom.* ſcribit; nunquam nudam traditionem transferre dominium, ſed ita ſi juſta aliqua cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur, ita accipiendum docet, ſive revera juſta cauſa præceſſerit, ſive opinione tradentis.

CAPUT XIII.

An minori 25. annis Doctori juris, ſi captus ſit, concedenda in integrum reſtitutio?

NON una cauſa eſt, ob quam prima facie videtur deneganda minori 25. annis in integrum reſtitutio. Quid enim ſi judicio recte defenſus, & cauſa cognita ſententia judicis condemnatus ſit, an non obſtabit reſtitutioni auctoritas judicis & rei judicatæ? Placuit non obſtare, ac nihilominus beneficio ætatis minores conſequi poſſe, quod jure communi appellatio interpoſita præſtat majoribus, *l. præſes provinciæ, 42. ff. de minor. & 1. C. ſi adv. rem jud.* Quid ſi decreto magiſtratus res minoris vendita ſit? hic multo minus: ſiquidem magiſtratus quanquam vendi rem minoris permittit, pretium tamen decreto ſuo non comprobat, *l. 2. C. de fidejuſſ. minor. l. ſi quidem, 11. C. de præd. minor.* Sed nec curatorum auctoritas uſque eo valet, ut id beneficium curæ ſuæ commiſſis adimant, quod remota hac auctoritate & ſine curatoribus conſtituti habituri fuiſſent. *l. tutor. 47. ff. de minor. & tot. tit. C. ſi tut. vel cur. interv.* Sed finge minorem eſſe hominem frugi & induſtrium, magiſtratum alioſve honores gerere, parentem eſſe multorum liberorum, remque familiarem bene ac prudenter adminiſtrare: hæc utique ſigna ſunt non fragilis & infirmi, ſed prudentis & maturi conſilii. Quid ergo? An non merito hujuſmodi adoleſcentes ab hoc auxilio excluduntur? Placuit nihilominus ſi capti probentur, reſtituendos per *l. 1. fin. ff. de minor. l. 2. C. eod. l. 1. C. qui & adv. quos.* Etenim quantacunque huic ætati prudentia tribuatur, ſemper tamen ei adjuncta eſt levitas quædam & facilitas, adde & rerum multarum ἀπειρία. Sfort. Odd. *p. 1. q. 23. art. 3. & 13.* Sichard. *in l. 2. C. de in int. reſt. minor. n. 2.*

Quid ſi Doctor juris ſit, adeoque non levi juris ſcientia imbutus? Huic communiter Doctores reſtitutionem in integrum denegandam eſſe cenſent, etiamſi in negotio gerendo ſe læſum eſſe doceat, teſte Oddo *d. loc. art. 7.* Rationem hujus ſuæ opinionis hanc afferunt, quod nulla fronte ex errore & imprudentia reſtitutionem ob defectum ætatis deſiderare poteſt, cujus

Digitized by Google

cujus ætatem ſupplet juris ſcientia: nec quiſquam id affectare debeat, in quo intelligit vel intelligere debet, imperitiam ſuam alii periculoſam fore, *l.* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Addunt, quod turpe ſit, ut Q. Mucius dicebat, cauſas in foro oranti jus ignorare, *l.* 2. §. *Servius*, 43. *ff. de orig. jur.* & quod ad juriſconſultos olim, teſte Cicerone *lib.* 3. *de Orat.* non ſolum de jure, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referebatur. Atque ita quoque Duar. *in l.* 1. *C. qui & adv. quos*. Gomez. 2. *reſol.* 14. *n.* 5. Bronchorſt. 1. *miſcell.* 28. Cæterum hæ rationes tanti apud me non ſunt, ut huic ſententiæ ſubcribere poſſim. Nihil enim commune habet profeſſio juris & artium cum bonorum adminiſtratione & in rebus agendis prudentia, quæ non ex libris, ſed uſu & experientia comparatur. Bene Cicero in *fin.* 2. *de off. de quærenda*, inquit, *de collocanda pecunia*, *etiam de utenda*, *commodius a quibuſdam optimis viris ad medium Janum ſedentibus*, *quam ab ullis philoſophis ulla in ſchola diſputatur*. Et quis credat, de fundo emendo, de filia locanda, aliiſve hujuſcemodi negotiis olim conſuli ſolitos fuiſſe adoleſcentes? Quid quod apud veteres non alii, quam clariſſimi viri, magnoque rerum uſu præditi & fere honoribus omnibus & reipub. muneribus perfuncti de jure civibus reſponſitabant, ut ex eodem Cicerone *lib.* 1. *de Or.* diſcimus? Putarem itaque nec minorem 25. annis, qui titulum Doctoris juris adeptus eſt, ſi cauſa cognita captus eſſe deprehendatur, a ſolito auxilio removendum *arg. l.* 1. *C. qui & adv. quos*, *& arg. l.* 1. *in fin. ff. de minor.* quo loco juriſconſultus ſcribit, non debere adoleſcentibus ante perfectam ætatem rerum ſuatum adminiſtrationem committi, quamvis bene rem ſuam gerentibus. Quantacunque enim ut dixi, adoleſcentiæ tribuatur peritia, ſemper tamen obnoxia eſt captionibus, adjunctaque eſt huic ætati conſilii quædam infirmitas & inconſtantia. Odd. *d. art.* 7. Sarmient. 3. *ſelect. interp.* 12. Fachin. 3. *cont.* 5. Arbitror tamen hoc reſtringendum eſſe ad captionem & læſionem in negotiis, quæ ad juris peritiam, quam adoleſcens profitetur, nihil attinent, puta ſi læſus ſit ignorantia facti, quæ excuſationem mereatur, & maxime in negotiis extra judicium, in emendo, vendendo, in quærenda aut collocanda pecunia &c. Nam juris ignorantiam allegare cauſas in foro oranti nimis turpe eſt, *d. l.* 2. §. *Servius*, 43. *de orig. jur.* veluti ſi errore juris exceptionem vel allegationem omiſit, quia putabat eam ad merita cauſæ non pertinere. Cum enim ſe juriſperitum profiteatur, hic deſiderium ejus reſtitutionem propter errorem petentis pugnaret e diametro cum ejus profeſſione: Eſt autem iniquum & incivile aliquid poſtulare quod diſcrepat & alienum eſt a profeſſione noſtra, *l. profeſſio*, 6. *C. de mun. patrim. lib.* 10. *t.* 41. *l. in honoribus*, 8. §. *philoſophis*, 4. *ff. de vac. mun.* Unde etiam peritiam cujuſcunque artis, quam minor profitetur, reſtitutionem impedire circa negotia ejuſdem artis & profeſſionis ſtatuunt. Maurit. *de reſt. in int. c.* 223. Odd. *d. art.* 7. *n.* 32. *& ſeqq.*

CAPUT XIV.

An ſi inſtitutus beneficio ætatis contra aditionem hæreditatis reſtitutus ſit, convaleſcat ſubſtitutio?

VULGARIS ſubſtitutio facta extraneo ſive puberi ſive impuberi poſt aditam hereditatem expirat, *l.* 5. *C. de impub. & al. ſub.* Sed quid ſi inſtitutus heres, poſtquam adiit hereditatem, beneficio ætatis contra aditionem in integrum reſtitutus ſit, an hic convaleſcet ſubſtitutio, ut jam ex ea admittatur ſubſtitutus? Communis interpretum ſententia eſt, ſubſtitutum admitti, dictam *l.* 5. *C. de imp. & al. ſubſt.* ſic interpretantium; ſi aditio duraverit: reſtitutione autem impetrata omnia in priſtinum ſtatum reponi. Gloſſ. Cyn. Salic. Don. & alii *in d. l.* 5. Zaſ. *tract. ſubſtit. c.* 1. *verſ. ſecundo limitate.* Merend. *lib.* 4. *contr. c.* 9. Nec hanc ſententiam putant deſtitui auctoritate; proferuntque ad eam ſtabiliendam *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. Julianus*, 42. *pr. l. ſi minor*, 61. *ff. de acq. her. l. ex contractu*, 44. *ff. de re jud. l.* 7. §. *ſed et.* 5. *&* §. *ſed quod Papinianus*, 10. *ff. de minor. l.* 1. §. *antepen. l.* 2. §. *ſi bonorum*, 10. *ff. ad ſen. Ter.* quibus tamen locis an hæc ſententia ſatis probetur, magna ratio eſt, cur dubitem: ſed de eo mox videbimus. Duo ſunt loci, qui in contrariam ſententiam me trahunt, quod ſcilicet herede inſtituto poſt aditam hereditatem beneficio prætoris ſe abſtinente, ſubſtitutus non ſit admittendus, *l. ult. ff. de ſucceſſ. edict. & d. l.* 7. §. *ſed quod Papinian.* 10. *ff. de min.* quæ ab aliis pro contrariæ ſententiæ firmamento affertur. In *d. l. ult. ff. de ſucceſſ. edict.* expreſſe negat Papinianus inferioris gradus cognatum beneficium edicti ſucceſſorii habere, cum prior cognatus ex propria parte bonorum poſſeſſionem accepit, licet ætatis beneficio facultatem abſtinendi poſtea conſecutus ſit. In *d. l.* 7. §. *ſed quod Papinian. ff. de minor.* unus tantum caſus a ſententia Papiniani, dicentis, ſi minor, cui ſervus proprius ſubſtitutus eſt, poſt aditionem abſtinendi cauſa reſtitutus ſit, ſubſtitutum nec heredem nec liberum fieri, excipitur, ſi hereditas ſolvendo non eſt, idque non recto jure, ſed ex æquitate reſcripti D. Pii & Antonini, ne videlicet bona defuncti nomine veneant: Jam vero nihil eſt vulgatius, quam quod exceptio confirmat regulam in caſibus non exceptis. Neque alia ratione utitur juriſconſultus, quam quod ſubſtitutione ſemel per aditionem extincta ſubſtitutus amplius admitti non poſſit. Atque idem om-

nino

nino dicendum eſt de pubere ſuo herede inſtituto, qui accepto ſubſtituto ætatis beneficio poſt immiſtionem abſtentus eſt. Ratio non eſt obſcura, quia non ſolum deficit conditio ſubſtitutionis inſtituto hereditatem adeunte, ſed etiam bona teſtatoris eſſe deſinunt & fiunt heredis, cujus reſtitutio alii prodeſſe non debet.

Examinemus jam & excutiamus ſingulos locos in contrarium prolatos. Primus eſt *l.* 2. §. 3. *ff. de vulg. & pup.* Sed iſte locus huc non pertinet: cum hic tractemus de ſubſtitutione vulgari facta extraneo aut filio puberi, illic de ſubſtitutione pupillari facta filio impuberi, & longe alia quæſtio illic decidatur, nempe ſi minor 25. annis heres inſtitutus poſt abſtentionem adeundæ hereditatis gratia reſtitutus fuerit, confirmari tabulas primas & prætorem utiles actiones ex ſecundis ſubſtituto pupillari decernere; in quo utilitati conſulit non tam ſubſtituti, quam pupillorum, *l. Julianus*, 42. *pr. ff. de acq. her.* qui quidem locus & ipſe pro contrariæ ſententiæ aſſertione affertur, ſed eam non magis juvat, quam ille proxime præcedens: quippe cum & iſto loco agatur de ſubſtitutione pupillari & admittendo ſubſtituto, etiam eo caſu, quo pupillus hereditate paterna ſe abſtinuit, & intra pubertatem mortuus eſt: unde hoc tantum probatur, quod vulgo dicitur, nuda ſui heredis, licet ſe abſtinentis, exiſtentia confirmari tabulas pupillares, aut potius paternas, ut ex pupillaribus admittatur ſubſtitutus. Speciem aliquam habet *l. ex contractu*, 44. *ff. de re jud.* Sed neque in *d. l.* 44. agitur de vulgari ſubſtitutione facta impuberi extraneo, aut puberi etiam ſuo, ſed impuberi ſuo heredi, quam ſubſtitutionem non extinguit immiſtio, ſi modo poſtea ſe pupillus abſtineat: Ratio eſt quia communi jure & ſine reſtitutione in integrum ſe abſtinet pupillus ſuus, qui ſe miſcuit, *l. in neceſſariis*, 57. *ff. de acq. her.* Extraneus autem aut pubes, qui adiit aut ſe immiſcuit, contra aditionem aut immiſtionem, non reſtituitur niſi ſpeciali decreto prætoris cauſa cognita, *d. l.* 57. *in fin. pr.* quod beneficium non temere extra perſonam reſtituti in alterius favorem extendi debet, *l.* 3. §. *ſed utrum*, 4. *ff. de minor.* Dici quidem & illud probabiliter poteſt in *d. l.* 44. pupillum ſe non immiſcuiſſe, ſed nihil intereſt. Ex *l. ſi minor*, 61. *ff. de acq. her.* ſic argumentantur, ſi minoris adeuntis & poſtea reſtituti coheres ad portionem minoris volens admittitur jure accreſcendi, multo magis volens ſubſtitutus admittendus eſt, quia ſubſtitutio potentior eſt jure accreſcendi *l.* 2. §. *ſi duo*, 8. *ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* At minoris adeuntis & poſtea reſtituti portio volenti coheredi accreſcit, *d. l.* 61. Reſpondeo, alia in propoſito eſt ratio ſubſtituti, & alia coheredis: cui ſcilicet vel propter partem ſuam, quam acquiſivit, concedendum fuit totum agnoſcere, vel propter vacantem portionem, quam ut invitus agnoſcat, cogi non poteſt, a toto recedere.

Citatur pro contraria ſententia & *l.* 1. §. *antepen. ff. ad SC. Tertull.* item *l.* 2. §. *ſi bonorum*, 10. *ff. eod.* quarum in priore ſi filius hereditatem matris adierit ex Orficiano & per in integrum reſtitutionem abſtentus fuerit, agnati matris vocantur ex jure antiquo. Verum id fit ex verbis ipſius ſenatuſconſulti, quæ extenſiva ſunt, & limitant jus adeundi hereditatem maternam, ut non obſtet agnatis, niſi filius cum effectu heres ſit, *d. l.* 1. §. *antepen. l.* 6. §. 1. *eod.* Eodemque modo reſpondendum ad alteram nempe *l.* 2. §. 10. *eod.* ubi ſi filius adierit ex jure antiquo & reſtitutus ſit, mater admittitur ex Tertulliano, ex verbis ſcilicet ſenatuſconſulti, quæ & ipſa extenſiva fuiſſe credibile eſt. Ad *l.* 7. §. *quod Papinianus*, 10. *ff. de minor.* jam ante reſpondimus, eam aperte confirmare noſtram ſententiam, cum unus dumtaxat caſus ibi excipiatur in ſervo neceſſario minori ſubſtituto, ſi hereditas ſolvendo non ſit. Atque hujus ſententiæ auctores habeo Cujacium & Baſ. *in d.* §. *ſed quod Papinianus*. Duar. *in comm. ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit.* Govean. 2. *var. lect.* 13. *c.* 10. Perez. *ad tit. C. de impub. & al. ſup. num.* 7. Bach. ad *Treutl. vol.* 1. *diſp.* 11. *th.* 7. ubi & bene reſpondet objectioni deſumptæ ex vulgata illa regula, reſtitutione conceſſa omnia in priſtinum ſtatum reponi: nempe hanc regulam eo dumtaxat pertinere, ut intelligamus eum quoque, contra quem minor reſtituitur, propterea quod in negotio gerendo læſus ſit, in priſtinum ſtatum reponendum eſſe: hoc autem noſtro caſu reſtitutionem magis in rem fieri videri: neque minorem reſtitui adverſus ſubſtitutum; imo nec proprie & vere loquendo ſubſtitutum poſſe dici a minore læſum.

Excluſo autem ſubſtituto quæritur, utrum hereditas ad legitimum ſucceſſorem pertineat; fiſco an vindicetur? Illud placet Duareno & Bachovio, hoc Cujacio, Goveano & Buſio: quorum ſententia videtur verior: quoniam excluſo ſubſtituto, multo magis excluſi intelliguntur venientes ab inteſtato; cum utique cauſa teſtamenti potior ſit ſucceſſione ab inteſtato. Deinde quia bona iſta per aditionem heredis, teſtatoris bona eſſe deſierunt, ut ad ea legitimi ejus heredes admitti nequeant. Quapropter dicendum bona iſta quaſi vacantia fiſco deferri. & hoc ſatis abundeque probat *l. ult. ff. d. ſucceſſ. edict.*

Digitized by Google

CAPUT XV.

An auth. Sacramenta puberum, C. ſi adv. vend. *pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure?*

EXTAT conſtitutio Frederici Imperatoris *lib. 2. Feudor. tit. 53. §. 3.* quæ inde translata in Codicem Juſtinianeum ſub *tit. ſi adverſ. vend.* in hæc verba; *Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel juſtum metum extortæ etiam a majoribus (maxime ne querimoniam maleficiorum commiſſorum faciant) nullius eſſe momenti jubemus.* Quæſitum autem eſt, an hæc Frederici conſtitutio pertineat tam ad contractus invalidos, quam ad validos ipſo jure, & adverſus quos puberibus extra cauſam jurisjurandi neceſſaria reſtitutio? Ait Martinus & Citramontani: negat Bulgarus & Ultramontani: atque hæc lis totam jurisprudentiæ ſcholam conturbavit. Ego Martini ſententiam veriorem eſſe puto: & nullus dubito, quin Fredericus ſecutus auctoritatem juris Canonici, quod juramentis favet & cujus auctoritas tunc maxima erat, novi aliquid juris, & Canonico conſentaneum ſtatuere voluerit, utcumque *l. 1. C. eod. tit.* cui *d. auth.* ſubjecta eſt, ad contractus jure validos tantum pertineat. Etenim illi demum actus jure Canonico ſimpliciter prohibiti & invalidi ſunt, qui offendunt pietatem & nutriunt peccatum, ſuper quibus jurare & ipſum peccatum eſt, & gravius peccatum, quod juraveris, ſervare. Et cum igitur jure civili minores reſtitui poſſent, etiam adverſus ea, quæ rite geſta per tutores & curatores *tit. C. ſi tut. vel. cur int.* imo licet ex decreto judicis geſta eſſent, puta prædium minoris ex decreto venditum, *l. ſiquidem, 11. C. de præd. min.* Imperator Alexander in *l. 1. C. adv. vend.* excepit, niſi iſti contractus juramento ſint confirmati. Cæterum loquitur Alexander de contractibus validis. Fredericus autem hoc adjecit, ut etiam contractus invalidi a minore celebrati jurejurando accedente confirmentur. Non tamen utique omnes, ſed ii tantum, qui invalidi ſunt, propter ſolam ætatem, qui ſi a majoribus geſti eſſent, jure rati forent & efficaces; veluti ſi minor ſine curatoris conſenſu contrahendo ſe aut res ſuas obligavit, aut alienavit, aut res ſoli ſine decreto diſtraxit. Sed & ſi lex civilis conventionem, quæ ratione objecti eſt ἀδιάφορος, privatæ tantum utilitatis contemplatione valere non patiatur, qualis eſt donatio inter conjuges, & quæ excedit quingentos ſolidos, renuntiatio futuræ ſucceſſionis, tranſactio facta de rebus teſtamento relictis non inſpectis teſtamenti tabulis &c. Ad talem quoque conventionem *d. auth.* pertinere arbitror, eamque juramento a minore confirmatam inviolabiliter ſervandam, perinde ac jure Canonico obtinet in majoribus: ſiquidem eo jure & defectum ætatis juramentum ſupplet, & ſponte præſtitum omne ſine exceptione ſervandum, quod nihil impietatis, turpitudinis, aut iniquitatis continet, *C. quamvis de pact. in 6.* At ſi actus aliquis aut contractus a majore celebratus ideo non valet, quia tendit ad injuriam aut detrimentum alterius, qualis eſt renuntiatio ſenatuſconſulti Macedoniani, alienatio fundi dotalis, aut rei, cujus uſusfructus penes patrem eſt, talem contractum a jurejurando robur accipere nec Canones patiuntur, quamvis a majoribus interpoſito: ac multo minus, ſi conventio ideo improbetur, quia natura turpis eſt, & contra bonos mores, ut loquuntur, juris Canonici: quoniam jusjurandum non debet eſſe vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *C. 1. ext. de jurejur. C. inter cætera, 22. quæſt. 4. C. non eſt obligatorium, de reg. jur. in 6.* atque in eo jus Canonicum & civile inter ſe conveniunt, *l. 7. §. & generaliter, 16. ff. de pact.* Itaque quamvis *d. auth.* non pertineat ad negotia omnibus prohibita jure communi, nec ad actus vetitos ex naturali & perpetua cauſa, putamus tamen eam quoque pertinere ad negotia, quæ jure ſpeciali certis tantum perſonis prohibita propter privatum aliquod incommodum, licet ſecus ſit jure civili, *l. 5. C. de legib.*

Urget in contrarium Bulgarus verba *d. auth. ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis.* Sed non oportet verba captare præſertim in conſtitutione Principis Germani: & interdum illa quoque retractari & revocari dicuntur, quæ de facto proceſſerunt, licet de jure effectum non ſint ſortita, *l. 5. C. de reſc. vend. l. 1. C. qui man. non poſſ.* junct. *pr. Inſt. qui & ex quib. ca. man.* Illud futile eſt, quod quidam objiciunt, eccleſiam eodem jure, quo minores cenſeri, quæ tamen adverſus contractus juratos prælati vel epiſcopi reſtituatur, *C. 1. de reſt. in integr. in 6. C. præſertim, de teſtib. in 6.* quaſi vero unquam quiſquam negaſſet minori concedendam eſſe reſtitutionem adverſus contractum juratum curatoris! Objicitur denique, quod minor ſine curatore ſuo non poteſt aut creditori ſuo jusjurandum deferre, ut ſe obliget, aut debitori, ut eum liberet, *l. nam poſtea quam, 9. §. ſi minor, 4. l. jusjurandum, 17. §. 1. ff. de jurejur.* unde dicendum videtur nec permittendum ei eſſe, ut ſine curatore ipſe ſe per jusjurandum obliget, & conditionem ſuam faciat deteriorem. Reſpondeo, cum leges jusjurandum a minore deferri nolunt, id eas quidem agere, ut extra damnum eum conſervent, verum ita ut nullam impietatem ejus foveant, quam non fovent, ubi non ipſe minor, ſed creditor ejus aut debitor jurant. At ſi juramentum ab ipſo minore præſtitum violari paterentur, a damno quidem eum liberarent, ſed impietatem ejus fo-

ve-

verent. Præſtat autem damno eum affici, quam impium fieri.

Quamvis autem hæc ita probabiliter pro tenore hujus *auth.* diſputari poſſunt, ea tamen pleriſque nimis rigida & infirmæ ac captionibus expoſitæ ætati pernicioſa viſa eſt, diciturque Henricus ſeptimus, filius Frederici, cui Papa Honorius tertius hanc *auth.* extorſit, eam aboliturus fuiſſe, niſi morte fuiſſet præventus: Utut ſit, vix ullibi locorum recepta eſt, videbis Buſium .; *ad l. 13. ff. de minor.* Gudelin. *lib. 3. de jur. noviſſ. cap.* 14. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 125. *& vol.* 5. *deciſ.* 225. Groenevveg. *de leg. abrog. ad h. auth.* & ibi alleg. Anton. Fab. *C. ſuo for. tit. de int. reſt. min. & tit. ſi adv. vendit.*

C A P U T XVI.

Utrum unum tantum, an duo ſint genera arbitrorum ſimilitudinem judicum habentium?

JUDICIUM dividi ſolet in neceſſarium & voluntarium: cæterum hæc diſtributio non eſt generis univoci, ſed *πρὸς ἕν*. Nam arbiter proprie judex non eſt, cum privatorum conſenſus judicem non faciat. *l. 3. C. de juriſdict.* ſed partes judicis ſuſcipere dicitur, *l. Pomponius*, 13. §. 2. *ff. de recept. arbitr. l. rem non novam*, 14. *C. de judic.* & arbitraria ad ſimilitudinem judiciorum redigi, judicia imitari, *d. l.* 14. *l.* 1. *ff. de recept. arbitr.* Nimirum præter judicium proptie dictum, quod omne neceſſarium eſt, & eorum, qui publica judicandi auctoritate præditi ſunt, eſt & voluntaria quædam contendendi ratio extra juriſdictionis neceſſitatem poſita apud eos, ad quos ex conſenſu & compromiſſo itur, qui judices compromiſſarii & plerumque arbitri nominantur; quæ & ipſa ad ſopiendas lites pertinet, *d. l.* 1. Hoc voluntarium judicium ex re arbitrium, ex facto litigatorum compromiſſum appellatur: quia litigatores compromittere, id eſt, ſimul & invicem pœnam promittere ſolent, ſi quis eorum ſententiæ arbitri non ſteterit, *l. 2. §. 2. l. litigatores*, 11. §. 1. *& ſeq. ff. eod. titul. l.* 1. *C. eodem.*

Duo autem genera arbitrorum Interpretes noſtri fere faciunt, quorum unum ſit eorum, qui proprie arbitri, alterum, qui arbitratores dicuntur, *arg. l. ſocietatem*, 76. *ff. pro ſoc.* quorum illi tanquam judices ſervato judiciorum ordine procedant, hi ſine ſolemnibus litem amice ex bono & æquo componant, vid. Gail. 1. *obſ.* 150. Sed ego exiſtimo totum hoc eſſe commentitium & a ratione juris civilis plane alienum; quod & jam olim ſuſpicatus eſt Jacobus teſte Bart. *in d. l. ſocietatem, ff. pro ſoc.* & ex recentioribus aperte docuit Coraſius *lib. 4. miſcell. c.* 18. ac noviſſime ſolide demonſtravit Bachovius *ad tit. ff. de recept. arbitr. c. 1. num.* 2. Etenim nuſquam legimus arbitratorem adhiberi, ut judicem, ad controverſiam aliquam ſine forma judicii ſua ſententia dirimendam, ſed tantum intervenire & adhiberi ut nudum mediatorem, idque in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit: veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces certæ perſonæ arbitrio definienda permittatur, *l. ſi coita ſit*, 75. *cum ſeqq. ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi merces*, 25. *pr. ff. locat.* aut ſi modus reſtituendi, *l. ſi quis*, 43. *ff. de verb. oblig.* vel legati relicti quantitas, vel aliquarum rerum electio, vel monumenti effectio in arbitrium alicujus conferatur, *l. 1. §. 1. de legat. 2. l. 6. ff. de cond. & dem. l. ult. §. 1. C. comm. de legat.* Nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua arbitratoris interventu deciſa dicatur. Et ideo dubitandum non eſt, quin etiam die feſto arbitrator, quod ſibi videtur, ſtatuere poſſit, *arg. l. 8. C. de feriis*, quamvis arbiter tali die, non magis quam judex, poſſit ſententiam ferre, *l. 3. l. 7. C. eod.* Sed & cum arbitrator aliquid ſtatuit, quod manifeſte iniquum eſt, ad arbitrium boni viri, id eſt, judicis res redigi, conſtitutoque judicio pronunciatum corrigi poteſt, & nimirum per ordinariam actionem vel exceptionem, *d. l. ſocietatem, & l. unde ſi Nervæ*, 79. *ff. pro ſoc.* adeoque etiam in contractibus ſtricti juris, *l. ſi libertus*, 30. *ff. de oper. libert. l.* 1. §. 1. *ff. de legat.* 2. Donell. *ad d. l. ſi quis*, 43. *ff. de verb. obl. num.* 16. Bachov. *d. loc.* ut fruſtra diſputent Doctores in *d. l. ſocietatem*, quis judex hic pro reductione adeundus ſit. Nihil itaque commune habent arbitratores iſti cum arbitris compromiſſariis: nam neque arbitrium dicere, ſi nolint, coguntur: & tunc velut conditio contractus deficit, ideſt, non recurritur ad arbitrium alterius, quaſi arbitrium boni viri electum eſſet, ſed nihil actum eſſe intelligitur, *d. l. ſi coita*, 75. *ff. pro ſoc. d. l. ult. Cod. de contr. empt. d. l. ſi quis*, 43. *ff. de verb. oblig.* quamquam in teſtamentis, in quibus plenius voluntates interpretamur, *l. 12. ff. de reg. jur.* contrarium obſervetur, & ſive is in cujus arbitrium legatum collatum eſt, arbitretur, ſive arbitrari nolit aut non poſſit, ſemper legatum utile ſit, quaſi collatum in boni viri arbitrium, *l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.* Sed neque arbitratores hi uſquam dicuntur recepti, neque ad eos pertinet edictum prætoris de his qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant. Unde intelligimus, inanem quoque eſſe interpretum diſputationem quærentium quamdiu & uſque ad quod tempus reductio ab arbitramento arbitratoris peti poſſit, licet Bartolus in *d. l. ſocietatem, num.* 22. dicat quæſtionem hanc requirere deciſionem Principis. Nam cum jus petendi reductionem a pravo

& ma-

Digitized by Google

& manifeſte iniquo arbitratoris arbitrio ad arbitrium boni viri ſit perſonale & petatur per actionem ordinariam, conſequens eſt illud jus non niſi triginta annorum ſpatio præſcribi *per l. 3. C. de præſcr. 30. annor.* A ſententia autem arbitri compromiſſarii, quam barbaro vocabulo laudum appellant, reductio petenda eſt intra decem dies, ut in appellatione fieri debet, cujus ea reductio quædam ſpecies eſt, *l. pen. verſ. ſin. autem poſt ſententiam, C. de recept. arbitr.* Tractatur hæc quæſtio apud Gail. *lib. 1. obſ. cap. 150.*

CAPUT XVII.

An litis conteſtatio aliter, quam negative ex parte rei fieri poſſit?

ANTIQUITUS certæ actionum defenſionumque formulæ a jureconſultis erant compoſitæ, *l. 2. §. deinde, 6. ff. de orig. jur.* quas neceſſe erat in jure apud prætorem præeuntibus jureconſultis a litigatoribus pronuntiari, quibus qui vel ſyllaba deerraſſet, cauſa cadebat; de quo adi Petr. Fabr. 1. *ſemeſt.* 21. Rævard. *cap. 2. de auct. prudent.* Negotio autem ſolemniter expoſito, in id, quod intendebatur reſpondebaturque, teſtes ultro citroque adhibebantur, unde litis conteſtationis nomen, auctore Feſto in voce conteſtari, add. Cujac. *lib. 9. obſ.* 21. Petr. Fabr. 2. *ſemeſt.* 24. Revard. *lib. ſing. pro tribunal. cap.* 11. A magiſtratu, qui aditus erat, exigebatur, ut judicium conciperet, & litigatoribus poſtulantibus daret, ideſt, agendi poteſtatem faceret. Id perficiebatur hac formula judicii reddita, ſiquidem ipſe prætor rem ſuæ cognitioni reſervabat: *Si paret Titium Mævio dare facere oportere, de eo judicium eſt, qui Titius condemnetur.* Quod ſi alium judicem prætor dabat, quod plerumque faciebat, pro his verbis, *judicium eſt*, dicebat verbi cauſa, *Aquilius Judex eſto, & Titium condemnato.* Reddebatur autem judicium eodem tempore, quo lis conteſtabatur, unde factum, ut in uſu juris idem exprimant poſt litem conteſtatam & poſt judicium acceptum: nec ante conteſtatio pro juſta habebatur, quam judicio eſſet incluſa. Dato autem judice & judicio ordinato utraque pars invicem denuntiabat, ut ad judicem datum venirent, & ad eos, qui propter tribunal aſſiſtebant, hæc verba pronuntiabant, *Teſtes eſtote, &c.* iiſque verbis dicebantur actor & reus litem conteſtari. Apud prætorem igitur conteſtatio fiebat; judicis autem officium lite demum conteſtata incipiebat, *l. ſi reus, 73. ff. de proc.* de quo fuſius Rævardus ubi ſupra. Hæc monuiſſe vel eo conducit, ut ratio loquendi, quæ inde nata eſt, intelligatur. Nam ut prætor judicium dabat, reddebat, conſtituebat, ita litigatores judicium accipere, ſubire, ſuſcipere dicebantur, cum poteſtatem cauſæ agendæ a prætore impetraſſent, *l. 2. §. 3. l. 3. l. ſed & ſi, 52. ff. de judic.* atque ex eo eſt, quod judicio dicitur contrahi, *leg. 3. §. idem ſcribit, 11. ff. de pecul.* Cæterum hæ formularum anguſtiæ una cum actionum interpretationibus pridem ſublatæ ſunt, *tit. C. de form. & impetrat. act. ſublat.* Teſtationis quoque ſolemnitatem etiam multo ante ſublatam fuiſſe arguit *l. un. C. de lit. conteſt.* ut deinceps nihil ad rem pertineat, quibus verbis quave formula quis agat, dummodo verbis utatur aptis & rei propoſitæ convenientibus, ſolaque maneat nunc litis conteſtatio, quæ cedat pro judicio dato & conſtituto, cum judex per narrationem negotii cauſa audita decernit, ut in eam rem probationes afferantur, *d. l. un.* quæ cum ſit Severi & Antonini, apparet jam tum veterem conteſtationem in uſu non fuiſſe.

Cum autem ad litis conteſtationem hæc requirantur, propoſitio actoris, & ad eam propoſitionem reſponſio ſive contradictio rei, *l. 2. pr. C. de jurejur. propt. calumn. l. rem non novam, 14. §. 1. C. de judic.* recte mihi ſentire videntur, qui aſſerunt litis conteſtationem a parte rei non aliter, quam negative fieri poſſe. Nam cum intentio actoris ſemper ſit affirmativa, neceſſario ſequitur litis conteſtationem, quæ in contradictione poſita eſt, non niſi in negatione a parte rei conſiſtere poſſe. Ac proinde veriſſimum eſt, quod Vigl. *c. 1. de lit. conteſt.* Obrech. *c. 2. n. 6.* docent per ſimplicem confeſſionem rei nunquam induci poſſe litis conteſtationem, quoniam ubi lis non eſt, nec fingi poteſt litis conteſtatio: lis autem eſſe non poteſt, niſi unus affirmet alter neget. Denique qui ultro ſe hoſti dedit, certare velle dici non poteſt: Itaque nihil hic reſtat, quam ut judex confitentem ſolvere jubeat, & ad id terminum ſtatuat, ut, bene Salic. *in d. l. un. C. de lit. cont. n.* 10. Dixi autem per confeſſionem ſimplicem: ſecus enim eſt, ſi confeſſio implicitam habeat vel præſumtive ſecuturam & reſervatam contradictionem, veluti ſi confeſſus nihilominus ad ulteriora procedi poſtulet.

Objicitur hic nobis *d. l. 2. C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ad litis conteſtationem deſideratur dumtaxat narratio actoris & reſponſio rei: unde colligunt qualemcumque reſponſionem rei ad litem conteſtandam ſufficere, ſive ea in affirmando ſive in negando conſiſtat. Sed hanc collectionem quis pro bona accipiat, & non potius dicat talem ibi intelligi a parte rei deſiderari reſponſionem, qualem litis conteſtatio & contradictio exigit? Fallitur quoque Gœdd. *in l. litis, 36. ff. de verb. ſign.* dum per objectionem exceptionis confeſſioni ſubjectam litis conteſtationem affirmative a reo fieri putat, veluti ſi dicat, fateor, ſed pactus es, ne petas: talis enim objectio vi ipſa in ſe continet debiti & intentionis negationem: ſiquidem negatio aut affirmatio non ex verbis rei,

ſed

Digitized by Google

ſed ex intentione actoris in propoſito æſtimanda eſt. Quid quod nec per ſimplicem exceptionis objectionem videtur induci litis conteſtatio, per *C. 1. & 2. de lit. conteſt. in 6.* Nam utique lis omnis & omne certamen in contradictione conſiſtit: nuda autem exceptionis objectio contradictionem non parit: quoniam utrumque verum eſſe poteſt, & quod actor intendit ſibi deberi, & quod reus excipit, pactum interveniſſe. Plane ſi actor hic non conſiſtat, ſed replicando ſe pactum eſſe neget, jam quidem lis certo conteſtata eſt, & quidem affirmante reo, actore negante: ſed hic reus excipiendo & aſſerendo vices ſubit actoris, actor replicando & negando rei, *l. 1. ff. de except. l. in exceptionibus*, 19. *ff. de probat.* Sed & ſi reo excipiente actor porro in cauſa procedi poſtulet, ſatis eo ipſo exceptioni rei contradicere videtur, & quod a reo dictum eſt, reſolvitur in puram negationem: atque hactenus eorum ſententia defendi poteſt, qui ſtatuunt per objectionem exceptionis introduci litis conteſtationem. Illud omni dubio caret, per objectionem exceptionis, quam vocant deficientis actionis ſtatim induci litis conteſtationem; veluti ſi reus confiteatur quidem actionem aliquando actori competiiſſe, ſed eam nunc ei competere neget, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cæterum talis allegatio proprie exceptio aut depulſio non eſt, ſed inficiatio cum novi facti affirmatione conjuncta, inter quam & ſimplicem inficiationem hoc tantum intereſt, quod ſimplex inficiatio nihil aperte in judicium deducit, neque ulla hic incumbit neganti probatio. In conjuncta autem novi illa facti affirmatio in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda eſt, *l. 1. C. de probat.* ſed litis conteſtationem æque inducit, ac ſimplex illa & mera facti inficiatio, quia principaliter eo ſpectat, ut oſtendatur vere negare reum actionem actori competere, in quo omnes interpretes conveniunt.

CAPUT XVIII.

An in controverſiis de poſſeſſione aut rei proprietate ſolus locus rei ſitæ ſit forum competens, an vero & locus domicilii rei?

INTER conditiones idonei judicis una eſt, ut ſit competens. Competentem judicem ſic generaliter definimus, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt, ac proinde apud quem quis agere vel conveniri debeat, ſive cujus ſit forum competens, hoc eſt, litigatorum proprium. Forum autem competens aut eſt ex partium conſenſu, & prorogatione juriſdictionis, aut ex ſola juris auctoritate. De foro ex conſenſu partium ſunt textus in *l. 1. & l. 2. ff. de judic. l. ſi convenerit*, 18. *ff. de juriſd.* Juris auctoritate & invitus quiſque forum ſortitur, tum ubi domicilium habet, tum ubi contracta eſt obligatio aut crimen commiſſum, tum ubi res ſita eſt, de cujus poſſeſſione aut proprietate agitur, *l. heres*, 19. §. 1. §. 2. *& ult. ff. de judic. l. 2. C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de poſſ. l. un. C. ubi de hered. l. 1. & l. 2. C. ubi de crim.* Igitur etiam res, ut dixi, ſi de ejus poſſeſſione aut proprietate agatur, ſubjicit poſſeſſorem juriſdictioni ejus judicis, in cujus territorio res ſita eſt, quamvis neque domicilium ibi habeat, neque ibi contraxerit, *d. l. un. C. ubi de poſſeſſ. d. l. ult. Cod. ubi in rem act.* Hic enim non tam perſonæ, quam rei ratio habetur: & ideo quoque ſuperiorem eodem reſpectu inferioris juriſdictionem ſubire, & Academicum de re in loco ſtudii ſita conventum ad Rectorem revocare non poſſe plerique tradiderunt. Monach. *pr. jud. p. 2. c. 6. num. 60.* Vult. *ad l. un. C. in quib. ca. milit. for. praſcr.* eademque ratione receptum eſt, ut ex hac cauſa etiam clericus coram judice ſeculari conveniri poſſit. Vail. 1. *obſerv. 37. num.* 4. Mynſing. 1. *obſerv.* 22.

Sed quæritur, an præter illum locum, ubi res ſita eſt, ſit etiam alius, ubi quis de poſſeſſione aut proprietate recte conveniatur, nimirum locus domicilii. Et ſiquidem de poſſeſſione, ut de ea primum dicam, momentaneo proceſſu, qui extraordinarius eſt, agatur veluti in caſu *l. ſi coloni*, 14. *C. de agric. & cenſit. lib.* 11. aut ſimili, vix crediderim locum eſſe alium, qui forum tribuat, quam rei ſitæ, eo quod proceſſus ille momentaneus ob id inſtituitur, ne partes ad arma deveniant, quod ſolet fieri in ipſo loco, ubi res, de cujus poſſeſſione contenditur, ſita eſt, & ne ſiat ſolius judicis, in cujus territorio ſita eſt, intereſt. At vero ſi ordinario proceſſu de poſſeſſione agatur, probarem communem Doctorum ſententiam exiſtimantium etiam alibi quam in loco, ubi res ſunt ſitæ, de poſſeſſione agi poſſe, & nimirum eo in loco ubi conveniendus habet domicilium, idque reo etiam invito, ut actori facultas ſit eligendi utro loco reum convenire volet, quanquam actualem poſſeſſionem nemo nanciſci niſi in loco rei ſitæ poteſt, *l. 1. §. pen. ff. de acq. her. l. un. pr. C. ubi de hered. ag.* adde quæ Groenevv. *tract. de leg. abrog. ad tit. C. ubi de poſſ.* Atque hæc ſententia tot locis probatur, quot legimus domicilium tribuere cuique forum competens, & actorem ſequi forum rei, quacunque actione agatur, ut diſerte reſcriptum eſt in *l. ult. C. ubi in rem act.* id autem ſemper habet reus in loco domicilii. Unus fere Donellus *lib. 17. comm. c.* 17. ab hac ſententia receſſit contendens non ſolum de poſſeſſione in loco ubi res eſt, agi poſſe, ſed etiam ibi agi debere, ſi reus ibi ſecum agi poſtulet: ſolum hunc locum neceſſitati ſubjiciens; locum autem domicilii relinquens, non ut interpretes communiter, arbitrio actoris, ſed rei, *arg. l. un. C.*

ubi de poſſ. Sed ad iſtam legem bene reſpondetur vulgo, loqui eam duntaxat de foro proprio & ſpeciali; ac proinde per iſtum textum non excludi forum omnium actionum commune, in quo ſcilicet quiſque conveniri poteſt quacunque ex cauſa, quale tribuit locus domicilii, *l. 2. C. de juriſd. l. ult. C. ubi in rem act.* Sic in *l. un. C. ubi fideicomm. pet.* dicitur fideicommiſſum ibi petendum eſſe, ubi hereditas relicta eſt, non quod alio loco peti non poſſit: ſed quia eo loco conventus agenti præſcribere non poteſt, *l. ſi fideicommiſſum*, 50. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de judic.* Objicit Donellus & difficultatem quamdam, atque incommodum quod circa executionem ſententia lata ab alio judice, quam cujus in territorio res ſitæ ſunt, parit: quam eandem difficultatem movet & in articulo ſequenti cum de rei proprietate contenditur, ubi ad eam reſpondebimus.

In controverſiis quoque de proprietate ſive actionibus in rem ſpeciale forum tribuit locus, in quo res, de quarum proprietate lis eſt, conſtitutæ ſunt, quamvis poſſeſſor ibi domicilium non habet, *l. ult. C. ubi in rem act.* Eſt autem & hic conſtans fere omnium interpretum ſententia, poſſe pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii poſſeſſoris, ut foro omnium actionum communi, vel in loco, ubi res de quibus contenditur, conſtitutæ ſunt, per text. expreſſ. in *d. l. ult. C. ubi in rem act. l. un. C. ubi de her. ag.* Fach. *l.* 10. *cum l. ſeq. ff. de rei vind.* Sed hic item Donellus, ut nunc loqui amant, ſingularis eſt, aſſerens in actionibus in rem nullam domicilii rationem deberi, ſed unum tantum eſſe forum rei, locum ſcilicet ubi ſitæ ſunt: ibi reum conveniendum eſſe, ibi ſe defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Dictum autem textum in *l. ult. C. ubi in rem act.* cavillatione quadam eludere conatur: eo quod Imperatores ibi non ſimpliciter permittunt actionem in rem moveri, ubi res conſtituta eſt, ſed moveri jubent, quaſi verbis iſtis neceſſitatem ibi agendi imponant. Si hoc unum jaberent Imperatores, recte argumentaretur Donellus: ſed cum vel ipſo fatente duo jubeant, primum actorem rei forum ſequi debere, quacunque actione experiatur ſive in rem ſive in perſonam, atque per hoc forum eodem quoque fatente non aliud intelligi poſſit, quam quod reus ſortitur ex loco domicilii ſui. Deinde ſi in rem agatur, etiam ibi ubi res conſtituta eſt, agi jubeant, *verſ. ſed & in locis*, *d. l. ult.* quis non videt duo diverſa loca ab Imperatoribus poni, quibus in rem actio moveri queat, & forum poſſeſſor ſortiatur, locum domicilii, quaſi forum commune actionem omnium, & locum rei ſitæ, ut forum actionum in rem proprium? Præcipuum autem opinionis ſuæ fundamentum ponit Donellus in *l. quod legatur*, 38. *ff. de judic.* & ſane aperte Juriſconſultus illic ait, ſi per in rem actionem legatum petatur, ibi peti debere, ubi res eſt: ſed non dubito, quin id ſpeciale ſit in re legata, eo quod legatario ſufficere debeat, ſi heres, a quo legati præſtandi neceſſitas non cœpit, eo in loco ubi res eſt offerat ſolutionem, de qua etiam & ipſa rei legatæ præſtatione præcipue Juriſconſultus tractat: ut proinde non male reſponderi poſſe videatur, id quod Juriſconſultus ait, *etiam ibi peti debet, ubi res eſt*, vim & effectum ſolutionis reſpicere: quia ſi alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res eſt, eam ſolvere poteſt. Quamquam alii aliter. Accurſ. in *d. l.* 38. Duar. *ad tit. de judic. c. de for. comp.* Hotomann. *l.* 3. *obſ.* 7. Fuſe Vultej. *ad l. un. Cod. ubi fideic. per.*

Quæ porro hic incommoda Donellus objicit nimirum facile evenire poſſe, ſi poſſeſſor in loco domicilii conventus jubeatur rem, quæ alibi ſita ſit, reſtituere, ut nova lite pro rei executione opus ſit, ea objectio non eſt magni momenti. Nam præterquam quod omnes magiſtratus inferiores mutuam ſibi operam præſtare debent, conſiderare debuit Donellus, incommoda hæc non tam eſſe poſſeſſoris, cui etiam commodius eſſe ſolet in loco domicilii ſui conveniri, quam petitoris, qui ſibi imputare debet, quod maluit, cum incommodo ſuo agere in loco domicilii poſſeſſoris, quam rei ſitæ. Quid quod idem incommodum etiam in actionibus in perſonam metui poteſt, in quibus & ipſis plerumque res aliqua præſtanda venit, & quæ ob eandem cauſam & ipſæ in loco rei ſitæ duntaxat intentari deberent. Poſtremo, quod apprime notandum, non eſt ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinaria hæc procedendi atque exequendi via, ut poſſeſſori reſtituere juſſo, nec parenti res ipſa manu militari auferatur, ſed ut damnetur, quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei*, 46. *& l. ſeq. ff. de rei vind. l.* 5. *l. tutor.* 8. *ff. de in lit. jur.* quamvis id moribus Galliæ & noſtris vix obſervetur. Zypæ. *in not. jur. Belg. de jurejur.*

CAPUT XIX.

An querela inofficioſi teſtamenti ſit ſpecies petitionis hæreditatis?

TESTAMENTUM inofficioſum eſt, in quo liberi aut parentes, aut fratres, & ſorores contra officium pietatis vel exheredati ſunt immerito, vel immerito præteriti; modo teſtamentum jure conſiſtat, nec his debita legibus portio relicta ſit. Quod teſtamentum ut inofficioſum accuſare poſſunt, & poſtulare, ut id tanquam tale reſcindatur, qui inique ſe exheredatos aut præteritos queruntur, hoc colore quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit, *l. 2. l.* §. 1. *l. Titio*, 13. *ff. de inoff. teſtam. & pr. Inſt. eod.* ac proinde quaſi teſtamenti factionem non habuerit, *l. qui repudiantis*,

Digitized by Google

tis, 17. §. 1. *ff. eod.* qui color hic quæſitus fuit, ne ſani hominis teſtamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tabularum, quæ liberam undequaque teſtandi poteſtatem patrifam. concedit, *l. verbis*, 120. *ff. de verb. ſign. pr. Inſt. de leg. Falc.* pro eodem autem dicunt veteres, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in tit. hujus argumenti obvia, ut & nomina querelæ, actionis, accuſationis: nullo tamen nomine crebrius hoc judicium deſignatur, quam querelæ. Quid ergo, eſtne querela & ipſa actio? Sane eſt, licet plerique ſtatuant non eſſe, ſed remedium aliquod ab actione ſeparatum, ſive implorationem tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & hereditas vindicari queat. Sed non eſt quod dubitemus affirmare, quod tot locis ſcriptum eſt, querelam ipſam actionem ſeu petitionem eſſe, perque eam ſic impugnari teſtamentum, ut ſimul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficioſum, eum Papinianus ait hereditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam*, 8. *ff. de inoffic. teſtam.* Scævola petitionem hereditatis exercere, *l. qui de inofficioſo*, 20. *ff. eod.* Paulus in *l. eum qui*, 21. §. 2. *ff. eod.* ait per querelam inofficioſi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. ſi inſtituta*, 27. §. 3. *eodem*. Triphonius filium exheredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hereditatis, *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Imperatores Severus & Antoninus ex cauſa inofficioſi teſtamenti hereditatem peti, *l.* 3. *C. de petit. hæred.* Juſtinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui, *l. ſi quis filium*, 34. *C. de inoff. teſtam.* Atque hinc eſt, quod is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *pr. ff. eod. l.* 2. *C. eod.* hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex cauſa inofficioſi hereditatem petit, heres eſſe videatur: quamquam in ſuis heredibus hæc poſſeſſio non eſt neceſſaria, uti nec aditio, *d. l.* 7. junct. *l. in ſuis*, 14. *ff. de ſuis & legit.* de quo conſule Vigl. *ad rubr. &* §. 1. *Inſt. de inoffic. teſtam.* Duar. *c.* 8. *ad eund. tit.* Govean. *lib.* 1. *var. lect. c.* 1. Quamobrem ſi quis a me petat, ut quid ſit querela inofficioſi teſtamenti obiter definiam, dicam eſſe ſpeciem petitionis hereditatis, qua & teſtamentum reſcindi poſtulatur, & ſimul vindicatur hereditas, tanquam ab inteſtato delata cum Duar. *d. loc. c.* 10. Vigl. *ad l. rubr. n.* 6. Donell. 19. *comm.* 3. Vand. 2. *var. quæſt.* 24.

Communis vero Interpretum noſtrorum ſchola exiſtimat, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium univerſale ſeu petitionem hereditatis; ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicationis: atque ita duo hic eſſe judicia, quorum alterum ſcilicet querela, præcedat, alterum, petitio hereditatis ſequatur, quod verum non eſt: ſiquidem ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt ex qua vindicatur hereditas, *l.* 3. *C. de petit. hered.* neque duo hic judicia ſunt, ſed unum, quo & & teſtamentum impugnatur, & ſimul petitur hereditas, ſicut per actionem uſucapionis reſciſſoriam & uſucapio reſcindi petitur, & ſimul res vindicatur. De quo diſſeruimus *c.* 10. Equidem fateor, querelam in multis differre a petitione hereditatis ſimplici, de qua agitur *t. de petit. hered.* ſed ex eo non ſequitur, per eam non peti hereditatem, aut eam ſpeciem petitionis hereditatis non eſſe. Proferuntur autem duo potiſſimum argumenta, quibus effici videtur querelam inofficioſi teſtamenti, petitionem hereditatis non eſſe: quæ qualia ſint, videamus. Primum tale eſt: Petitio hereditatis datur ſolum adverſus eum, qui cum heres non ſit, pro herede prove poſſeſſore poſſidet, nunquam adverſus heredem: eumve, qui pro herede eſt, bonorum puta poſſeſſorem aut fideicommiſſarium, *l.* 9. *& ſeqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adverſus heredem ſcriptum, contra fideicommiſſarium, cui reſtituta eſt hereditas, *l.* 1. *C. de inoffic. teſtam.* contra præteritum, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l. pen. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Reſpondeo, ſcriptum teſtamento inofficioſo heredem, heredem non eſſe, utique cum eo agi non tanquam cum herede, ſed tanquam qui heres non ſit, utpote ſcriptum ab eo, qui teſtamenti factionem non habuiſſe judicatur, *l. quis repudiavit*, 17. *ff. de inoffic. teſtam.* & proinde eum teneri, quaſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret, ut diſerte ab Imperatoribus Severo & Antonino reſponſum eſt de eo, cui ex teſtamento inofficioſo reſtituta eſt hereditas, *l.* 7. *C. eodem tit.*

Alterum argumentum eſt hujuſmodi: Omnis petitio hereditatis aut eſt ex teſtamento, aut ex cauſa inteſtati, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hered. petit.* Querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt; non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt: non ab inteſtato, quia quamdiu teſtamentum extſtat, & ex eo adiri hereditas poteſt, cauſæ inteſtati non eſt locus, *l. quamdiu*, 39. *ff. de acq. hered.* Sed quid hic reſpondendum ſit, patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hereditatis delatæ tanquam ab inteſtato: quia prætenditur color dementiæ teſtatoris, qui ob id teſtamenti faciendi jus non habuerit: uti & revera ſi judex teſtamentum inofficioſum eſſe pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus omnia perinde habentur, ac ſi hereditas nunquam adita fuiſſet, *l.* 6. §. 1. *l. eum qui*, 21. §. 2. *ff. de inoffic. teſtam.* Stet igitur hæc ſententia, querelam etiam ipſam actionem eſſe, & nimirum ſpeciem quandam petitionis hereditatis,

Digitized by Google

tis, qua vindicatur hereditas tamquam ab inteſtato delata ex cauſa inofficioſi teſtamenti. Atque cum hac ſententia fere vi ipſa convenit, quod Joann. Fab. & alii ad *pr. inſt. d. tit.* notant, poſſe querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, poſſe & per modum contradictionis ſeu per exceptionem, querelam induci, veluti ſi exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & heres ſcriptus hereditatem petat, *l. 8. §. ſi filius, 13. ff. eod. tit.* adeoque & liberum eſſe exheredato ſimplici petitione hereditatis experiri, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. *lib. 4. ſent. tit. 5.* & ibi Cujac. Illud non eſt magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex cauſa peculii profectitii aut adventitii filio competens, patri detur etiam filio invito, *l. 8. §. 3. C. de bon. quæ lib.* querelam autem pater filii nomine inſtituere non poſſit, *l. 8. pr. ff. de inoffic. teſtam.* colligunt, querelam non eſſe actionem aut petitionem. Nam hujus rei peculiaris eſt ratio, quia querela non competit, niſi filius cujus ſolius injuria eſt, *d. l. 8. in pr.* oſtendat ſibi diſplicere factum parentis, a quo exheredatus eſt, & ideo invito filio, non magis pater queri poteſt, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat. Adde quod querela remedium eſt extraordinarium, & quodammodo odioſum: ac proinde tale quod perſonæ exheredati cohæreat. Duar. *c. 8. ad tit. de inoffic. teſt.*

CAPUT XX.

An in querela inofficioſi locus ſit edicto ſucceſſorio?

EDICTUM ſucceſſorium eſt, cum liberis, qui primo loco ad ſucceſſionem vocantur, repudiantibus, admittuntur legitimi, & rurſus his repudiantibus cognati: item cum repudiante proximiore agnato vel cognato admittitur ſequens *l. 1. §. quibus 10. & §. ſeq. ff. de ſucceſſ. edict.* Eſt autem huic edicto locus in bonorum poſſeſſione deferenda, ubi tabulæ teſtamenti nullæ extant, & ab inteſtato defertur hereditas, de quo *d. tit. de ſucceſſ. edict.* & præcipue *d. l. 1. §. 10. & 11. & l. 1. & l. 2. C. eod.* Quæritur autem, an huic edicto ſucceſſorio etiam locus ſit in querela inofficioſi teſtamenti, hoc eſt, an ſi is, qui prior admittitur ad accuſandum, nolit aut non poſſit accuſare, ſequens admittatur. Et placuit admitti, ut ſucceſſioni ſit locus, teſte Paulo in *l. pen. pr. ff. de inoffic. teſtam.* & talis caſus eſt, qui deciditur in *l. neptem, 7. C. eod. tit.* Cæterum hoc in iis tantum procedit, qui ſi eos nemo ordine aut gradu præceſſiſſet, ſtatim citra ullum edictum ſucceſſorium querelam movere potuiſſent, ſi videlicet exheredati fuiſſent aut præteriti, nemine eos præcedente in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victove, admittuntur ad accuſationem ordine ſucceſſorio ex propria ſua perſona, proprioque jure ſuo. Exemplum habemus in *l. pater, 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur caſus hujuſmodi: Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in poteſtate retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, utroque filio exheredato, patre præterito deceſſit. Hic ordo poſtular, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod ſi illi non querantur, vel queſti in judicio ſuccumbant, ſuccedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in ſuſpenſo erat, impletur. In hoc enim & ſimilibus caſibus, qui præcedebant obſtabantque, ne ſequens ordo aut gradus ad accuſationem admitteretur, jam pro mortuis habentur: & paria habentur non extare, & extare quidem, ſed queri amplius non poſſe. Non obſtat quod heres ſcriptus jam ſententia judicis declaratus ſit heres: nam id verum quidem eſt ratione primi accuſantis: ſed ſententia illa inter alios jus non facit, *l. ſæpe conſtitutum. 63. ff. de re jud. & tot. t. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* Sed nec illud obſtat, quod nepos in querela contra patris teſtamentum præfertur avo, ejuſque cauſa potior eſt: unde dicendum videtur, ſi ſcriptus a patre heres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem ejus, per regulam: Si vinco vincentem te, multo magis vinco te. Etenim non eadem hic eſt vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior eſt avo ſuo defuncti patre in eo, quod in ſucceſſione ab inteſtato prior eſt cauſa liberorum. At filius judicio victus eſt, quia juſte exheredatus judici viſus: quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non eſt, *arg. l. 3. §. ſi emancipatus, 5. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Similiter & fortiori quidem ratione, *arg. l. nam & ſi, 15. pr. ff. de inoffic. teſtam. l. 7. §. 1. ff. unde lib.* ſi filius a patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ea inſtituta judicio victus ſit, aut quo modo agere non poſſit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria ſua perſona, *l. pen. pr. ff. de inoffic. teſtam. d. l. 3. §. emancipatus, 5. in fin. ff. de bon. poſſ. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui ſui vel. al. jur.* nec hic ſpectari debet, an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam deceſſerit: quoniam nepos non ex ea ſuccedit quæ filio delata eſt, ſed ex perſona propria: eodem plane modo, quo deficiente vel repudiante ex ſucceſſorio edicto ad bonorum poſſeſſionem unde liberi admittitur nepos, *l. 1. §. quibus, 10. ff. de ſucceſſ. edicto.*

Cæterum non caret hæc poſtrema ſpecies omni ſcrupulo. Objicitur primum *l. ſi quis poſthumo, 9. §. 2. ff. de lib. & poſt. her. inſt.* ubi Paulus ſcribit, ſi filium exheredavero, nepotemque ex eo præterіero & extraneum hæredem ſcripſero.

Digitized by Google

ſtero, & filius poſt mortem meam licet ante aditam hereditatem deceſſerit, nepotem ſuccedendo non rupturum teſtamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum reſpondiſſe. Idemque in nepote poſtumo præterito & filio exheredato juris eſſe Ulpianus auctor eſt, nempe hunc nepotem filio poſt mortem patris deliberante herede inſtituto de adeunda hereditate defuncto, teſtamentum avi agnoſcendo non rumpere, *l. 6. pr. ff. de injuſt. rupt. irr. teſt.* Itaque hic filius exheredatus obſtat nepoti præterito: & obſtat, ut Papinianus ait, jure teſtati, quamvis nihil obſtet jure inteſtati, id eſt, quominus hic nepos ſcripto herede repudiante, atque ita teſtamento deſtituto ab inteſtato ſuus heres avo exiſtat, *l. ſcripto, 7. ff. unde liberi, d. l. 6. pr. verſ. plane ſi, ff. de injuſt. rupt. l. 1. §. ſciendum, 8. ff. de ſuis & legit. her. §. cum autem, 7. & ſeq. Inſt. de her. quæ ab inteſt.* Reſpondeo, obſtat filius nepoti in caſibus ſupra memoratis, ne nepos præteritione ſui rumpat teſtamentum avi, id eſt, ne nepos agnaſcendo aut quaſi agnaſcendo ipſo jure teſtamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio ſuo herede a patre exheredato. Atque ita procedunt loci modò citati. Et ſic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob ſui præteritionem non admittitur jure prætorio ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l. 4. §. 1. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Quippe hic filio, qui exheredatus eſt, ſatisfactum eſt, valetque ipſo jure teſtamentum, etſi nepos præteritus ſit: nec ſcripto herede adeunte poteſt nepos in locum ſui heredis ſuccedere, ex capite ſecundo legis Velleja; quoniam mortis tempore eum filius præceſſit, *l. Gallus, 29. §. ſequenti, 13. ff. de lib. & poſt. l. ſi quis filium, 34. C. de inoff. teſt.* nec ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitti; quia præteritio nepotis hoc caſu pro exheredatione eſt, & prætor exheredatos non agnoſcit, *d. l. 4. §. 1. junct. l. 8. pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Attamen querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non poteſt; quippe hic admittitur nepos ex edicto ſucceſſorio, quoniam ipſe immerito præteritus eſt; quo caſu teſtamentum quidem valet, quia præteritio iſta vice exheredationis eſt: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adverſus teſtamentum ipſo jure validum: & licet per exheredationem filii ſatisfiat formæ & ſolemnitati internæ, quæ jure civili ad ſuſtinendum teſtamentum ſufficit, non tamen ſatisfit juri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc contraria ſunt, teſtamentum non rumpi, & tamen adverſus id, ut inofficioſum, dari querelam: ut enim querela competat, neceſſe eſt teſtamentum non rumpi, §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* Facilius vero querela datur, quam teſtamentum rumpitur: ratio eſt, quia rupti teſtamenti jus ſtatim vitiatur, nec ex eo locus unquam patet ſcriptis heredibus. At poteſt querela competere, ut tamen nihilomagis teſtamentum reſcindatur.

Secundo objicitur *l. ſi quis filium, 34. C. de inoff. teſt.* quo loco Juſtinianus ait, nepotem olim, ubi filius exheredatus non præparata querela deceſſiſſet, omne adjutorium dereliquiſſe, cum tamen ſententiam noſtram ex jure veteri defendamus: Juſtinianus autem diſerte jus vetus corrigit, primuſque conſtituit, ut filius querelam etiam non præparatam tranſmittat ad nepotem, ut nepos in hac cauſa a vetuſtate neglectus, a ſuo, inquit, rigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor caſus, quibus filio ante querelam præparatam mortuo, nepotem a querela removere juri antiquo conveniente. 1. Si probet heres ſcriptus filium exheredatum ingratum fuiſſe. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta ſit; tunc enim nepotem vult agere ad ſupplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querelæ præſcriptum ſit. Ergo jure veteri ſecus ſe hæc res habuit, filioque non præparata querela mortuo nepos ſine exceptione excluſus fuit. Reſpondemus, Juſtinianum eo loco non agere de nepote ex propria perſona accuſare volente, ſed loqui de tranſmiſſione querelæ, id eſt, eo caſu, quo nepos ex perſona patris ſui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor iſtæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria ſua perſona accuſare cupit ex edicto ſucceſſorio; quod & olim nepoti licuiſſe dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obeſſe ingratitudinem patris, nec ejuſdem repudiationem, aut ejus quinquennale ſilentium. Et liberum itaque nepoti erit vel ex perſona patris agere ob tranſmiſſam ad ſe querelam ex *d. l. ſi quis filius, 34. C. de inoff. teſt.* quod & interdum ipſi utilius eſſe poteſt, puta ſi nepos ex juſta cauſa ſit præteritus, pater autem immerito exheredatus: vel ea perſona ſua, ſi melius faciliuſque de ſua, quam patris pietate docere poſſit. Atque ita fere poſt Azonem, Bartolum, Dyn. Caſtrenſem, Coſtalius, & Anton. Rubeus, ad *l. pater, 14. ff. eod. tit.* Donell. 19. *comm.* 7. & ibid. *in not.* Oſvvald. Hillig. Diſſentiunt Bachovius ad *Treutl. Diſp. de inoff. teſt. theſ. 5.* Timæus Faber *diſp. anniverſ. 19. theſ. 4.* Alciatus *lib 4. paradox. cap. 16.* fluctuat, ut & alii fere. Gomeſius 2. *var. reſol.* 11. *n.* 21. hanc quæſtionem altam & ſubtilem vocat, licet & ipſe diſſentiat, victus iis objectionibus, quas nos videmur prorſus removiſſe.

CAPUT XXI.

An liberi juſte exheredati connumerentur in computatione legitimæ, ſeu an cæteris partem faciant?

QUÆSTIONIS hujus ſenſus eſt, an liberi juſta ex cauſa exheredati re ipſa adhuc inter liberos numerentur, perindeque habeantur, ac ſi partem ſuam accepiſſent, ad eum nimirum effectum, ut cæterorum legitima minuatur, & tanta nec major ſit, quam quanta fuiſſet nemine exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæſtio non minus, quam illa ſuperior & proxime præcedens, alta, profunda & difficilis, de qua conſultus Raphael Cumanus non habuit, quod reſponderet, teſte Jaſone in *auth. noviſſima*, *C. de inoff. teſtam.*

Dynus & Salicetus *in d. auth. noviſſima*, putant eum, qui juſte exheredatus eſt, non connumerari, id eſt, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur ſecundum hanc ſententiam, ſi pater unum ex duobus filiis merito exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non ſeſcuncia; hodie triens, non ſextans. Bartolus in *l. pater filium*, 14. *ff. de inoff. teſt.* contra putat eum, qui juſte exheredatus eſt, connumerandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem aliis facere. Proinde ex Bartoli ſententia, ſi pater ex duobus filiis alterum juſtè exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta eſt, habebit dumtaxat ſeſcunciam, hodie ſextantem, per *l.* 8. *§. quoniam autem*, 8. *ff. de inoff. teſt.* Alii putant melius eſſe ſi media hic via ineatur, ut quantitas legitimæ ſtatuatur ex facti contingentia. Et quidem ſi exheredatus repudiaverit querelam, aut eam inſtituerit quidem, ſed judicio victus ſuccubuerit, magis eſſe ut hoc caſu partem non faciat, ſed pars ejus accreſcat fratri in legitima inſtituto, per *l. filio*, 16. *pr. ff. eod.* quippe hunc demum juſte exheredatum dici, qui non poteſt amplius cum ſucceſſu queri, & ad eum proprie quæſtionem propoſitam pertinere, propterea quod hujuſmodi exheredati pro mortuis habentur, per *l. qui repudiantis*, *in fin.* 17. *ff. de inoff. teſt. l.* 3. *§. ſed & ſi*, 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* 1. *ſi poſt*, 10. *§. liberi* 4. *&* *§. ſeq. ff. de pon. poſſ. cont. tab.* & ſic procedere ſententiam Dyni & Saliceti. Cæterum ſi exheredatus nec repudiaverit querelam, nec poſt eam motam victus ſit, hoc caſu, quia nondum apparet, utrum partem aliquam ſit accepturus, necne, interim partem eum facere, argumento ducto a contrario ſenſu ex *d. l. qui repudiantis*, 17. *& l. ſi ponas*, 23. *§. ultim. de inoffic. teſt.* atque hoc modo defendi poſſe opinionem Bartoli.

Pendet autem deciſio hujus tam arduæ quæſtionis ex alia huic affini & tantum non eadem: nimirum an & quando in querela inofficioſi locus ſit juri accreſcendi? quam ob cauſam e re erit de ea prius cognoſcere, quam quid certi definiamus de propoſita. Et quidem ſi quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utrique legitimam reliquit, hoc caſu fruſtra diſputatur de jure accreſcendi aut parte facienda: quoniam neuter vel inofficioſum teſtamentum dicere poteſt, vel ad ſupplementum agere. Sed ponamus caſum diverſum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit: & neutri legitimam reliquit. Hoc caſu cum uterque queri poſſit, ſi unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum ſemiſſem hereditatis petere debeat; ita tamen ut ſi alter, poſtea accuſare nolit, aut tempore excluſus ſit, pars ejus accreſcat, ei, qui egit & obtinuit, *l. filio*, 16. *l. ſi ponas*, 23. *§. ult. ff. de inoff. teſt.* & de hoc eodem caſu agit Paulus *in l. qui repudiantis*, 17. *ff. eod.* ubi ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod ſi tamen alteruter in ſolidum egerit, antequam alter querelam repudiaſſet, & caſu aliquo obtinuerit, puta quod ſcriptus heres eum non repellebat, alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l.* 6. *§.* 1. *ff. eodem.* Ponamus rurſus alium caſum. Pater e duobus filiis exheredatis alteri dumtaxat legitimam reliquit, alteri nihil: atque ita ſatisfecit primo, non autem ſecundo. Secundus non queritur, ſed primus, & dicit ſibi non eſſe relictam integram legitimam: cum enim ſecundus, qui ſolus queri poteſt, non queratur, ait ſibi quaſi tunc ſoli filio deberi quartam omnium bonorum, non ſeſcunciam aut quartam ſemiſſis. Hic, inquam, primus, cui portio legitima relicta eſt, neque querelam movere poteſt, neque ex conſtitutione Juſtiniani ad ſupplementum agere. Ratio eſt, quia factum illud patris legitimam ſecundo exheredato non relinquentis non debet prodeſſe primo, qui portionem debitam habet. Et hoc caſu exheredatus alteri partem facit, quia ſcilicet neceſſe eſt eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela excluſo, per quam ſolam ad hereditatem poterat pervenire, accreſcere non poſſit, & hic eſt caſus, qui tractatur in *l.* 8. *§. quoniam*, 8. *ff. de inoff. teſt.* Quod ſi exemplum ad jus τῶν νεαρῶν accommodare velimus, ponendus caſus, quo pater extraneo herede ſcripto unum ex filiis in legitima inſtituit, alterum exheredavit & ſic porro. Atque hæc quidem ita procedere fatentur, qui mediam, quam dixi, ſententiam ſequuntur, ſi ſecundus, qui legitimam non accepit, taceat & querelam, quam movere poteſt, non inſtituat. At ſecus eſſe exiſtimant, ſi ſecundus repu-

repudiaverit querelam, aut in ea victus ſit, aut præſcriptione quinquennali excluſus? tunc enim primo ſemuncem non ſufficere ad legitimam, ſed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem: ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non eſt, de inofficioſo agere & totam hereditatem vindicare poſſe, *l. qui repudiantis*, 17. *l. ſi pœnas*, 23. §. *ult. ff. de inoff. teſtam.* Ex conſtitutione autem Juſtiniani, quia utique partem legitimæ habet, ſupereſſe ei actionem ad ſupplementum, *l. omnimodo*, 30. *C. eod. tit.* Cur autem ſecundo repudiante querelam, aut ea quocunque modo miſſa, primus jam recte de inofficioſo agat, aut ſupplementum petat, hanc eſſe rationem, quia ſecundus poſtquam queri poſſe deſiit, pro mortuo habetur, per *d. l. qui repudiantis, in fin.* 17. *pr. ff. eod. l.* 1. §. *ſed & ſi*, 5. *ff. de conjung. cum emanc. lib.* Sed male mea quidem ſententia. Nam juri accreſcendi locus dari non poteſt, niſi ab initio utriuſque querela competierit. Si vero unus exheredatorum querela ab initio excluſus ſit, eo quod legitima ei relicta, huic alter qui non queritur, partem facit non modo interim & quamdiu alter adhuc queri poteſt, ſed etiam quando queri poſſe deſiit. Sic enim Ulpiani hanc quæſtionem decidentis in *l.* 8. §. *quoniam*, 8. *ff. de inoff. teſt.* verba hæc, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur, &c.* accipienda ſunt, nempe qui non queritur omnimodo, ſive quia ſemel agere noluit, ſive quia judicio victus aut tempore excluſus eſt. Omnino enim diſtinguendum eſt inter querelam, in qua locus eſt juri accreſcendi, & legitimam relictam, in qua non item. V. C. qui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, ſed uni 125. nomine legitimæ relictis deceſſit, quæ quarta pars eſt portionis ab inteſtato huic uni debitæ. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta eſſet quocunque titulo, querela excluderetur; ſi vero vel minimum deeſſet admitteretur, in quo utroque aliquid poſtea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioſo poteſt, non queratur, an per hoc alter querelam nanciſcetur, quam non fuiſſet debiturus priore querente? Sic viſum mediæ ſententiæ auctoribus: quia cum remoto fratre jam ſolus ſit, nomine legitimæ jam illi debeantur 250. ſed contra deciditur in *d. l.* 8. §. *quoniam*, 8. ſcilicet nihil amplius eum conſecuturum, & per illa 125. quæ ipſi nomine legitimæ relicta ſunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitimæ nomine relictum eſſe: hoc caſu ſi unus non queratur excluſus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, qui querela integra, teſtamentum in totum ſubvertit, atque ex aſſe ab inteſtato ſuccedit.

Ex his jam opinor, apparet, quid ſtatuendum ſit de quæſtione propoſita, utrum is, qui juſte exheredatus eſt, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem iis, quibus legitima relicta eſt, faciat, nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem aliis facere ſecundum ſententiam Bartoli. Ratio ſolida, quia nulla hic eſt conjunctio; ac proinde nec jus accreſcendi. Etenim rite & juſte exheredatus nec ad hereditatem vocatur ex teſtamento, quippe quo excluſus eſt; neque ab inteſtato, quia ad ſucceſſionem inteſtati venire non poteſt, niſi teſtamento per querelam everſo. Sed nec prætor exheredatione notatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas invitat, *l. non putavit*, 8. *ff. cont. tab.* Adde quod cum adverſus patrem ingratus fuerit, commodum ejus partis heredis eſſe debet, cujus eſſe pater voluit. Juri vero accreſcendi tunc locus eſt, quando quid de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec teſtator cavit. Hic autem teſtator voluit eam acquiri heredi inſtituto, per *l. ſi pactum*, 9. *ff. de probat. auth. hoc amplius*, *C. de fideicom.* ac juſta eſt patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud eſt, ſi utrumque filium immerenter exheredavit, & alter non agit: quia tunc voluntas ejus ratione utriuſque filii injuſta eſt. Denique delictum unius non debet prodeſſe alteri. Non obſtat, quod alicubi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum eſt, quantum attinet ſucceſſionem ejus, a quo exheredatus eſt: cæterum non eſt trahendum extra terminos ſuos; nec argumentum ductum a bonorum poſſeſſione contra tabulas in qua exheredati nunquam petentibus partem faciunt: nam cum exheredati a contra tabulas bonorum poſſeſſione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere poſſunt. Sed nec quando unus de inofficioſo queri poteſt, juſte exheredatum ei partem facere dicimus, ſed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioſo agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita recte poſt Bartolum Donellus *lib.* 19. *comm. c.* 9. & Hilligerus *in not. ibid.* Bachov. *ad Treutl. diſp. de inoff. teſt. theſ.* 15. atque hanc opinionem, ut ſaniorem, laudat Per. Greg. Tholoſanus *lib.* 44. *ſyntagm. c.* 5. *n.* 8. Diſſ. cum Dyn. Salicet. Sichardus *in d. auth. noviſſima*, *n.* 27. De filiabus ſtatuto excluſis res minus dubia: quoniam cum filiæ extantibus maſculis ſtatuto in totum excluſæ, nullum jus ſuccedendi aut querendi habeant, partem facere non poſſunt, ſed perinde hujus effectus intuitu habentur, ac ſi non eſſent: & intelligitur ſtatutum voluiſſe cæterorum portionem augere. Bachov. *ubi ſupra*.

CAPUT XXII.

Legitima ſit ne bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum quæſtionum ſimpliciter aut affirmando aut negando reſponderi poteſt. Nam ad priorem quod attinet, ſi ponamus filio juſte exheredato legitimam eſſe relictam titulo ſingulari, tunc utique legitima non hereditatis, cujus nullam partem exheredatus obtinet, ſed bonorum quota eſt, ut & quarta ex conſtitutione D. Pii, *l. 2. §. 1. ff. fam. erciſc. §. 3. Inſt. de adopt.* Idemque dicendum eſt, ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed aut in re certa adjuncto ei coherede ſimpliciter ſcripto vel ex parte aſſis, aut certis rebus contentus eſſe juſſus ſit, quo caſu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exercere, neque a creditoribus hereditatis conveniri queat, *l. pen. C. de hered. inſtit. §. ſi quis, 9. Inſtit. de fideic. hered. l. ſi legatus, 30. §. multum intereſt, 3. ff. ad Senat. Trel.* At ex diverſo ſi filius heres inſtitutus ſit vel in ipſa legitima, quæ olim erat quarta pars debitæ ab inteſtato portionis, hodie ejuſdem portionis triens aut ſemis pro numero liberorum, Nov. *de trient. & ſemiſſ.* vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex uncia, ſextante, &c. hic ut filius revera heres eſt, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non poteſt, quin ea pars, quam tanquam heres jure hereditario habeo & titulo inſtitutionis, ſit pars hereditatis. Male igitur Gail. 2. *obſ.* 129. *n.* 12. *& obſ.* 130. *n.* 2. poſt Salicetum & alios in *l. ſcimus, 36. in fin. C. de inoff. teſt.* generaliter & ſimpliciter definit, legitimam eſſe quotam bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno, *l. 8. §. quarta, 9. ff. de inoff. teſt.* & bona cujuſque intelliguntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum, 39. §. 1. ff. de verb. ſign.* Inepta ratio: nam & in ponenda ratione legis Falcidiæ ante deducitur æs alienum, *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* cum tamen in confeſſo ſit, quartam Falcidiæ eſſe partem hereditatis, atque in eam nihil aliud imputari, quam quod heres jure hereditario capit, *l. in quartam, 91. pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim ſumma conſtituatur, unde legitima aut quarta Falcidiæ deducenda ſit, neceſſe eſt exquiri, quid in patrimonio & bonis defuncti ſit habendum: ſiquidem ex eo filius legitimam, τὸ νόμιμον, heres quartam habere debet. Ex eo autem non ſequitur, filium ex portione legitima inſtitutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria ſuſtineat. Sed hic nobis via aperitur ad quæſtionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen?

In hac quoque quæſtione diſtinctio adhibenda eſt, & primum diſcernenda onera, quæ ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcuntur ab iis, quæ exurgunt ex ipſo jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex teſtamento vel ex ulla alia diſpoſitione teſtatoris oriatur, *l. quoniam, 32. C. de inoff. teſt.* Et ratio eſt, quia legitima non ex judicio teſtatoris, ſed ex proviſione legis debetur, cui conſequens ut gravamen legitimæ impoſitum, pro non adjecto habeatur. *Fac. d. l. 32. & auth. noviſſima, C. eod.* Gail. 2. *obſ.* 119. *n.* 2. Et igitur non poterit legitima gravari fideicommiſſo, vel alio ſubſtitutionis onere; in tantum, ut nec nuda ejus proprietas, liberis relinqui queat deducto uſufructu. Cujus rei hæc ratio eſt, quia: ſi uſusfructus aliis relinqueretur, differretur legitimæ præſtatio contra *d. l. 32.* & mirum eſt diſſentire Cæpolam *cautel.* 21. cum diſertis verbis Juſtinianus conſtituat, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec ſufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, ſed neceſſe ſit ſimul relinquere ipſum jus utendi fruendi, Nov. 18. c. 3. *auth. noviſſima, C. de inoff. teſt.* Atque hoc modo accipiendum eſt, quod identidem inculcatur, legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen *l. omnimodo, 30. d. l. quoniam, 32. d. l. ſcimus, 36. C. de de inoff. teſt.* nempe non recipere ex voluntate aut diſpoſitione teſtatoris. Neque hic refert jure hereditario legitima obtineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, quæ ex ipſo jure hereditariæ portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent, quod ea obtinetur titulo inſtitutionis; & jure hereditario, veluti cum filius ex ea aut parte aliqua aſſis inſtitutus eſt: quamvis ſecus ſit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio juſte exheredato relicta eſt, aut ſi inſtitutus quidem ſit filius, ſed in re certa adjecto coherede indefinite, aut ex parte hereditatis ſcripto, ut ſupra diximus. Sed utique, quando filius, ut heres legitimam obtinet, conſequens omnino eſt, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebelliani poteſt ullum onus imponi ex diſpoſitione teſtatoris, nec ea fideicommiſſo gravari poteſt; & tamen heres fiduciarius pro rata parte ſuſtinet onus æris alieni, & pro quadrante a creditoribus hæreditariis conveniri poteſt, *§. ſed quia, 7. Inſt. de fideic. hered.* Nullam autem neque hic quarta ſenatuſconſulti, neque illic triens aut ſemis legitimus deminutionem patitur. Non obſtat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno, *l. 8. §. quarta, 9. ff. de inoff. teſt.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur, quantum ſit in legitima, nihilque aliud eo ſignificatur, quam quod in computatione bonorum defuncti ineatur etiam ratio æris alieni, ut ſciri poſſit, quantum eo deducto legitimæ nomi-

Digitized by Google

nomine debeatur, non quod filius heres in ea portione inſtitutus non teneatur pro rata, reſpondere creditoribus hereditariis. Sic in ineunda ratione quartæ Falcidiæ etiam initur ratio æris alieni, *§. ult. Inſt. de leg. Falc.* non ob id, quod heres nomine æris alieni a creditoribus hereditariis conveniri nequeat; ſed tantum ut ſciatur, quantum teſtator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id ſolum habere intelligimur, quod deducto ære alieno ſupereſt, *l. ſubſignatum*, 39. *§.* 1. *ff. de verb. ſign.*

CAPUT XXIII.

Petitio hereditatis an detur contra poſſidentem titulo ſingulari?

PETITIO hereditatis eſt actio in rem, quia hereditatem noſtram & per hereditatem res ſingulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, ſuam eſſe intendit, utpote vel ex teſtamento vel ab inteſtato ſibi delatam, & ſibi ſive per ſe ſive per alios acquiſitam, *l.* 2. *l.* 3. *ff. de hered. petit.* eſſe hanc petitionem actionem in rem plerisque locis diſerte traditum eſt, *l. ſed & ſi*, 25. *§. propen. ff. de her. petit. l.* 1. *l. ſin autem*, 27. *§.* 3. *ff. de rei vind. l.* 1. *§. ult. ff. ſi pars hered. petit.* Cæterum ita in rem eſt, ut tamen habeat præſtationes quaſdam perſonales, *d. l.* 25. *§. propen.* propter quas mixta perſonalis appellatur, & demum 30. annorum præſcriptione ſummovetur, *l.* 7. *C. de pet. her.* & inter bonæ fidei judicia numeratur, *§. actionum*, 28. *Inſt. de action.* licet cæteræ in rem ſint arbitrariæ, *§. præterea*, 31. *Inſt. eod.* Datur adverſus eum, qui quod hereditarium pro herede prove poſſeſſore poſſidet, dolove malo fecit, quominus poſſideret, *l.* 9. *l.* 13. *§. pen. l. ſed & ſi*, 25. *§. perinde*, 8. *ff. d. tit.* Pro herede poſſidere dicitur, qui putat ſe heredem eſſe, *l. pro hered.* 10. *ff. eod.* Pro poſſeſſore poſſidet tum prædo, qui nullam aliam cauſam aſſert, quam quod poſſideat, *d. l.* 11. *§.* 1. & 2. *ll. ſeqq. eod.* tum is, qui affert quidem aliquam, ſed injuſtam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro poſſeſſore hæret & adjunctus eſt, id eſt, omnes hic tituli recipiunt & in ſe habent titulum pro poſſeſſore, ut qui eos allegat, pro poſſeſſore poſſidere, & hereditatis petitione teneri intelligatur, *l. nec ullam*, 13. *§.* 1. *ff. eod.* ubi obiter notandum, etſi omnis prædo pro poſſeſſore poſſideat, non omnem tamen, qui pro poſſeſſore poſſidet, prædonem haberi, veluti ſi titulum, licet inutilem, alleget, *d. l.* 13. *§. ſi quis*, 8. *ff. eod.* add. Gœdd. *ad l.* 109. *de verb. ſign. n.* 7. & *ſeq.* Quod ſi quis juſto aliquo titulo rem hereditariam poſſideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda eſt ſpeciali in rem actione, quæ ſimpliciter adverſus quemcunque poſſeſſorem datur, *l.* 7. *C. eod. tit. l.* 4. *C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſcr.* Hanc autem diſſimilitudinem peperit diſſimile jus petitorum. Nam qui ſpeciali actione in rem agit, aut dominus eſt, aut jus affine domino habet, cui ſemper æquum eſt rem reſtitui. Semper enim dominus plus juris habet in re ſua, quam quilibet etiam juſtiſſimus poſſeſſor, *l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 3. *C. eod.* At qui heres eſt, non idem continuo & dominus rei hereditariæ. Quid enim ſi defuncto commodata ſit, aut apud eum depoſita. Equidem fieri poſſe non nego, ut heres idem ſit & dominus: ſed quia contra etiam fieri poteſt, ut is ſit dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato poſſidet, in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet, *l. in pari*, 128. *ff. de reg. jur. DD. in d. l.* 9. Sichard. *in l.* 2. *C. eod.* Zaſ. *parat. ff. eod. n.* 7. Sed enim hoc ipſo quod quis heres eſt, plus juris habet, quam is, qui pro herede poſſidet aut pro poſſeſſore, ſive cauſam ſuæ poſſeſſionis aſſerat, ſive non. Nec vero alios titulos poſſeſſio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis jurisque hereditarii controverſiam faciat, niſi qui pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet, *d. l.* 9. *de hered. petit. l.* 7. *C. eod.* Cujac. *obſ.* 10.

Atque hoc quidem jus in directa petitione hereditatis perpetuum eſt. Utilis autem petitio hereditatis datur bonorum poſseſsori, quæ vocatur poſseſſoria hereditatis petitio: item fideicommiſsario, id eſt, ei cui ex ſenatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hereditas, quæ fideicommiſsaria hereditatis petitio: ac de utraque tituli proprii in *ff.* Ex contrario quoque utili petitione tenentur, bonorum poſseſsor non verus, id eſt, qui putat ſe bonorum poſseſsorem eſse, cum non ſit, *l. pro herede*, 11. *ff. eod. tit.* fideicommiſsarius, qui hereditatem a falſo herede accepit, *d. l. nec ullam*, 13. *§. ſed & ſi* 6. *ff. eod. l.* 1. *C. de inoff. teſt.* item emptor, qui hereditatem aut partem univerſi juris emit a non verò herede, *d. l.* 13. *§. ſi quis*, 8. Sed ita demum emptorem conveniri placet, ſi aliter res petitori ſalva eſſe non poteſt, aut ſi non expediat petitori hereditatem a venditore petiquem directa petitione teneri certum eſt *d. l.* 13. *§. quid ſi quis*, 4.

Excutiamus jam, quod in quæſtione eſt, an petitione hereditatis teneatur, qui quid hereditarium poſſidet titulo ſingulari? Non una autem hic utendum diſtinctione. Poſſeſſor aut nullum titulum allegat, qui in ſpecie dicitur pro poſſeſſore poſſidere: aut allegat titulum, ſed univerſalem, ſcilicet pro herede: & uterque hac petitione tenetur: aut allegat titulum ſingularem, & hunc vel in univerſitate ſive hereditate aut parte hereditatis, & nonnullo caſu utili petitione hereditatis, ratione objecti ſic dicta conveniri poteſt,

d. l.

d. l. 13. §. quid ſi quis, 4. ff. l. 2. C. eod. vel in re ſingulari, & hunc iterum vel provenientem ex actu inutili & jure invalido, veluti ſi quis rem ab uxore donatam pro donato ſe poſſidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere ſibi nupta, & tenetur tanquam poſſidens pro poſſeſſore, *d. l. 13. §. 1.* vel ex actu utili & jure valido, puta eo, quod ſe rem emiſſe, aut ſibi donatam legatamve eſſe. atque hiſce titulis ſe poſſidere affirmet: & non tenetur ſive bona ſive mala fide poſſideat, *l. 7. C. de petit. hered. l. 4. C. in quib. caſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Illud porro hic cavendum, ne confundamus poſſeſſorem rei ſingularis cum poſſeſſore titulo ſingulari: hic enim petitione hereditatis non tenetur, etiamſi, ut modo dixi, poſſideat mala fide, ſed res ab eo vindicanda eſt ſpeciali in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tametſi bonam fidem habeat, ſeque heredem eſſe putet. Finge unam aliquam rem hereditariam & vel minimam pro herede ab aliquo poſſideri, is hac petitione tenetur non minus, quam ſi totam hereditatem ejuſve bonam partem eodem modo poſſideret, *l. 9. & l. ſeq. in pr.* Ratio eſt quod is, qui vel unam rem hereditariam pro herede tenet, poſſidet totam hereditatem, & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit, ut aſſerere poteſt. Ac proinde hic etiam univerſalis actio inſtitui debet, licet executio tantum fiat in re unica poſſeſſa. Cacheran. *deciſ.* 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hereditas: at per conſequentiam etiam ſingulæ res hereditariæ, ut in definitione expreſſum eſt, *l. 7. §. ult. ff. de except. rei jud.*

CAPUT XXIV.

An ei, qui non poſſidet, actio aliqua jure prodita ſit, qua conſequatur impenſas in rem alienam factas?

De qualitate impenſarum, quæ in rem alienam fructuum quærendorum, aut colligendorum conſervandorumve gratia factæ ſunt, non eſt laborandum, cum hæ omnes citra ullam diſtinctionem ab omnibus poſſeſſoribus deducantur, *l. ſi a domino, 36. §. ult. ff. de hered. pet. l. 7. pr. ff. ſolut. matrim.* ubi hæc ratio a veteribus redditur, quod fructus non intelligatur, niſi quod deductis impenſis ſupereſt. Ubi vero in rem ipſam impenſæ factæ proponuntur, hic illa tripertita impenſarum diſtinctio conſtituenda eſt, quod aut neceſſariæ ſunt, aut utiles, aut voluptuariæ, *l. 1. ff. de impenſ. in rem dot. f. ſt. l. impenſæ, 79. ff. de verb. ſign.* quia non omnium in deductione eadem ratio. Neceſſariæ ſunt, quæ ſi factæ non eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augent, ſed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluptuariæ; quæ ſpeciem, ut dixi, duntaxat ornant, ſine utilitate, *d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. 5. 6. & 7. de impenſ. in rem dot. d. l. 79. per tot. de verb. ſign.* ubi & exemplis hæ definitiones illuſtrantur. Neceſſariarum impenſarum deductio tributa eſt omnibus poſſeſſoribus, etiam iis, qui mala fide poſſident, *l. plane, 38. pr. ff. de her. petit. l. 5. C. de rei vind.* quoniam hæc deductio non perſonæ poſſidentis, ſed cauſæ tribuitur; ne ſcilicet petitor cum damno poſſeſſoris, (cui nulla hoc nomine culpa objici poteſt, quod rem alioqui perituram ſervavit) lucrum faciat, *d. l. 38. ff. de hered. petit.* Non obſtat *l. 1. C. de infant. expoſ. l. ex argento, 13. ff. de cond. furt.* loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter continuationem furti non debet melior fieri, *l. inficiando, 67. §. 2. ff. de furt.* Fachin. 1. *controv.* 54. In utilibus autem ſervandis melior eſt conditio bonæ fidei poſſeſſoris, quam poſſeſſoris malæ fidei. Bonæ fidei poſſeſſor, qui in rem alienam utiles impenſas fecit, verbi cauſa in aliena area ædificium poſuit, eas deducere, id eſt, ſervare poteſt per retentionem oppoſita doli mali exceptione, ſi dominus rem ſuam vindicet, non oblata reſtitutione pretii materiæ & impenſarum, *l. ſumptus, 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hered. petit.* Et hoc eſt, quod Cajus in *l. 7. §. ex diverſo, 12. ff. de acq. rer. dom.* & Juſtinianus §. 30. *Inſt. de rer. diviſ.* ajunt, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore ſoli dominus petat ædificium, nec ſolvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui poſtulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. 14. ff. de condict. indeb. l. 1. ff. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo uſque duntaxat dandam, quo res facta eſt pretioſior, *l. in fundo, 38. ff. de rei vind.* & ita demum, ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum modum excedant, *d. l. ſumptus, 48. l. emptor, 65. ff. eod. tit.* Nam qui ſuum duntaxat recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo, 129. ff. de reg. jur.* nec ſtudet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impenſæ minuantur. Apparet autem ex *d. l. 38. ff. de rei vind.* jus hoc non eſſe perpetuum, ſed regulare duntaxat, atque pro varietate circumſtantiarum aliud atque aliud æquitate ſuadente ſtatui poſſe, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda boni judicis. Malæ vero fidei poſſeſſoris deterior in hoc genere impenſarum conditio eſt: quippe cui nulla eo nomine deductio conceſſa, *l. 5. C. de rei vind. l. Julianus, 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverſo, 12. ff. de acq. rer. dom.* Ratio eſt, quia ſi is item ſimili exceptione ſe tueri velit adverſus dominum vindicantem, culpa ei objici poteſt, & a domino replicari, quod temere & ſciens ædificaverit in ſolo alieno, ac proinde tantum non ſua ipſius vo-

Digitized by Google

voluntate materiæ proprietatem amiſerit, §. *ex diverſo*, 30. *Inſt. de rer. diviſ.* æquum quidem eſſe, ut ſumptus per errorem facti retentione rei ſerventur, *l. ſin autem*, 27. §. *ult. ff. de rei vind.* at qui improbe facti ſunt, reſtituendos non eſſe, *l. 5. C. de ædif. privat.* Enimvero ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi hujuſmodi ſumptus feciſſe, aliud dixerim, per *l. 2. C. de rei vind.* veluti ſi ædificaverit in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa potius feciſſe, quam animo donandi. Quid igitur eſt, quod Paulus ſcribit in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* etiam in perſona prædonis rationem haberi utilium impenſarum, ne petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Reſpondemus, Paulum non dicere prædonem etiam tales impenſas deducere, ſive per retentionem oppoſita doli mali exceptione ſervare poſſe; ſed hoc tantum in hujus quoque perſona haberi rationem impenſarum neceſſariarum & utilium: nempe hactenus, ut neceſſarias quidem deducat quarum deductio poſſeſſoribus omnibus tributa *l. 5. C. de rei vind.* utiles vero ſine læſione rei tollat: hoc enim ſolum rei permiſſum eſt *d. l. 5. d. l. Julianus, in fin. de rei vind.* nec aliter tamen, quam ſi ſublato eo, quod poſuit, aliquid lucri laturus ſit; neque tantum ei offerat petitor, *d. l. 38. ff. eod.* Etenim cum ſtricto jure ne tollendarum quidem utilium impenſarum prædoni poteſtas ſit, recte dicitur in ejus quoque perſonam harum impenſarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex æquitate conceditur. Quod ſi petitor pro jure ſuo, *d. l. 38. ff. eod.* pati nolit, ut eas impenſas poſſeſſor tollat, hic jam & earum deducendarum poteſtas ei permittitur, ne, quod ait Juriſconſultus in *d. l. 38. ff. de hered. petit.* ex aliena jactura petitor lucrum ſentiat: quæ ratio in impenſis utilibus hoc demum caſu locum habet: non autem ſi paratus ſit petitor, ut tollantur. Voluptuariarum impenſarum, quatenus tales ſunt, nulla deductio eſt, ceſſante videlicet cauſa, quæ huic deductioni locum facit. Plane ſi probetur petitorem eaſdem impenſas facturum fuiſſe, aut rem habere venalem, & propter hæc impendia, plus conſequuturum, *arg. d. l. 38. & l. 29. ff. de rei vind.* impenſæ, quæ per ſe voluptuariæ ſunt, naturam induunt utilium, & locus ſit exceptioni doli ad eas ſervandas, ſi modo bonæ fidei poſſeſſor ſit, qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuiſſe eum in rem alienam ſupervacuas impenſas facere. Utique tamen qui per exceptionem ſervare has impenſas non poteſt, ei poteſtas eſt tollendi, quod ſine detrimento rei tolli poteſt, etiamſi malæ fidei poſſeſſor ſit, ut diſerte a Cajo reſponſum eſt, *l. utiles*, 39. §. 1. *ff. de hered. petit.* idque contra juris apices ex humanitate conceſſum.

Hactenus nihil aliud audivimus, quam quod quædam impenſæ a quocunque poſſeſſore deduci, id eſt, poſita doli mali exceptione per retentionem rei ſervari poſſunt nempe impenſæ neceſſariæ, & a bonæ fidei poſſeſſore regulariter quoque utiles: voluptuariarum, qua talium, deductionem non eſſe, tolli tamen poſſe ſine læſione prioris ſtatus rei. Huic autem deductioni ſeu rationi ſervandi impenſas per exceptionem locus eſſe non poteſt, niſi is, qui impenſas fecit, rem, in quam eas fecit, poſſideat, & ab eo dominus rem ſuam vindicet. Quid ergo ſi is qui ſumptus fecit, domino poſſeſſionem tradiderit non deductis impenſis, an non hoc caſu actio aliqua ei jure prodita, qua ultro cum domino experiatur, & ſumptus a ſe factos repetat? Nuſquam certe id in libris juris noſtri traditum eſt. Et quænam, quæſo, huic actio accommodari poſſet ſalva ratione juris? Vindicationem & actionem ad exhibendum ſuſtulit lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto adverſus eum ſolum comparata eſt, qui ipſe tignum junxit, & junxit alienum ſuis ædibus aut vineæ ſuæ *l. 1. ff. de tign. junct. l. in rem*, 23. §. *pen. ff. de rei vind.* Sed nec actioni in factum ſecundum definitionem *d. l. 23. §. item quæcunque*, 5. *verſ. ideoque*, hic locus eſſe poteſt: quomodo enim in factum actio adverſus eum dabitur, cujus nullum factum intervenit? Si qua hic actio ſub aliquo colore dari queat? ea erit aut negotiorum geſtorum, aut condictio indebiti: ſed neutra quoque harum competere poteſt. Non negotiorum geſtorum; quia qui in rem tanquam ſuam aliquid impendit, ſuum negotium non alienum gerit, qua ratione quoque ei denegatur repetitio, *l. 5. C. de rei vind.* & generaliter omnibus, qui non ſunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium ſibi obligent, *l. 4. C. de negot. geſt. l. in hoc*, 14. §. 1. *verſ. diverſum eſt*, *ff. comm. divid.* neque enim actus agentium operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis*, 19. *pr. ff. de reb. cred.* Non condictio indebiti: nam ut diſerit Julianus in *l. ſi in area*, 33. *ff. de cond. indeb.* qui poſſeſſionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum transfert: ſed tantum quod ſuum eſt, dominus ſuo jure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus cauſis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea ſi ſolverimus, repeti non poſſe, *l. ex quibus*, 51. *ff. de cond. indeb.* nec enim ſolus error ſolventis aut tradentis condictionem parit, niſi ſimul aliquid faciat accipientis. Sed quid opus eſt ire per inductionem? De ſingulis ſi quis dubitet, conſtanter veteres omnes ſcribunt, nullo alio modo impenſas in rem alienam factas ſervari poſſe, quam per retentionem: hæc verba ſunt Juliani *l. ſi in area*, 33. *in fin. ff. de cond. indeb.* Paulus in *l. 14. ff. de except. dol. mal.* ait poſſe eum, qui in alieno ſolo ædificavit, aliter ſumptus conſequi, quam ſi poſſideat, & ab eo dominus ſoli rem vindicet. Papinianus in *l. ſumptus*, 48. *ff. de rei vindicat.* ne-

gat

Digitized by Google

gat expreſse ſumptus in alienum prædium factos peti poſſe, nec ſi facti ſint a bonæ fidei poſſeſſore; ſed tantum exceptione doli oppoſita æquitatis ratione poſſe ſervari. Idem non obſcure indicat Pompon. *l.* 21. *ad SC. Trebell.* in verb. *retentiones, quas ſolas habent*, quo loco pro *ſimilem eum eſſe*, reſcribe *non ſimilem*, cum viris eminentibus Ant. Fabro, & Hugone Grotio in *ſparſ. flor.* Hoc autem remedium cum non alii competere poſſit, quam poſſidenti, non licet nobis contra manifeſtam rationem juris & tot expreſſos locos, contra *l.* 1. *l.* 9. *l. ult. C. de legib.* aliud excogitare, quo ſubveniatur etiam non poſſidenti, data ſcilicet actione ad impenſas ultro repetendas, idque ſolo æquitatis obtentu, deficiente cauſa & fundamento, in quo actio radicetur: ſcilicet Jure noſtro facilius alicui actione ab alio inſtituta, exceptione oppoſita in eodem judicio ſuccurritur, qua actio inducitur, quæ non niſi ex certis principiis juris naſcitur, ac proinde etſi hic ſit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen ſola naturalis obligatio actionem non producit; niſi jure civili aut prætorio adjuvetur. Argumentum ſit pactum nudum, quod quamvis actionem non producit, ad exceptionem tamen paciſcenti prodeſt, *l. juris gentium*, 7. §. *ſed cum nulla*, 4. *& ſeqq. ff. de pact.* Et ſic æquitas, quæ hic prætenditur, producendæ licet exceptioni potens, ad producendam actionem ſatis roboris non habet: & eſt inſtar ſpiritus, qui attollendo ſolo potens, non valet erumpere, quomodo novas interdum terras in continente naſci Plinius ſcribit *lib.* 2. *nat. hiſt. c.* 85. *& ſeq.*

Non deſunt tamen hic dubitandi cauſæ, & primum hic nobis objici poteſt regula generalis ex *l.* 1. *ff. de cond. ſin. cauſ. l. ſi & me*, 32. *ff. de reb. cred. l. nam hoc* 14. *ff. de cond. indeb. l. id quod noſtrum*, 10. *ff. de reg. jur.* nempe rem meam, quæ ad te pervenit ſine facto meo, ſine cauſa, reddi mihi oportere. Reſpondeo, nec ſine facto meo, hic rem ad alium perveniſſe, quia ædificavi in alieno; nec ſine culpa, quia aut temere id feci, ſi non bona fide poſſedi, aut negligenter, ſi poſſeſſionem tradidi aut amiſi; nec ſine cauſa apud alium eſſe; quia quod beneficio rei ſuæ, & jure acceſſionis cuique acquiritur, id juſta ex cauſa quæſitum cenſetur, *l. in rem*, 23. §. 3. *&* 4. *ff. de rei vind. l.* 7. §. *voluntas*, 8. *& ſeqq. ff. de acq. rer. dom.* Denique poteſt bon. fid. poſſeſſor fructus perceptos ante litem conteſtatam & adhuc extantes compenſare eum expenſis *l. ſumptus*, 48. *ff. de rei vind.*

Secundo obſtare videtur, *l.* 5. *C. de re vind.* ubi etiam malæ fidei poſſeſſori datur impenſarum ſaltem neceſſariarum repetitio. Reſpondeo, ex eo, quod dicitur impenſarum eſſe repetitio, non continuo ſequitur eo nomine etiam actionem eſſe: ſufficit enim eſſe repetitionem ſuo modo, videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam is dicitur, qui utitur exceptione, *l.* 1. *ff. de except. l. amplius*, 15. *ff. rat. rem. hab.* neque aliter in *d. l.* 5. *C. de rei vind.* hoc verbum accipi poteſt: quoniam ibi agitur de ædificatore conſtituto in poſſeſſione.

Tertio putat D. Cujacius *lib.* 10. *obſ.* 4. poſſe non poſſidentem, ſaltem eum, qui per errorem non deductis ſumptibus rem reſtituit, poſſeſſionem repetere condictione incerti; atque ita adhuc contra agentem oppoſita doli exceptione ſumptus ſervare, *arg. l. ſi uxor filio*, 19. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & ux. l. qui except.* 40. §. 1. *de cond. indeb. l. heres*, 21. *ff. ad ſenat. Trebell.* Hoc commentus eſt vir doctiſſimus, cum non videret, ut ingenue fatetur, qua ratione ſumptus in prædium alienum a poſſeſſore facti jure actionis repeti poſſint, & tamen putaret remedio aliquo etiam in hoc caſu ei conſulendum. Ego vero contra ingenue quoque profiteor, me non poſſe videre, quid loci iſti pro Cujacii ſententia faciant. Nam in *d. l. ſi uxor filio*, ne γρῦ quidem de impenſis in rem alienam factis, & *d. l. heres*, tantum abeſt, ut Cujacii ſententiam juvet, ut etiam ei adverſetur, ſicut ſupra oſtenſum eſt, add. Ant. Fabrum *decad.* 26. *err.* 10. Denique aliena plane eſt ab hac diſputatione *d. l. qui exceptionem*, §. 1. & ſi quæ forte ſimiles. Multum enim intereſt, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam ſcit ſe reſtituere debere, ac proinde animo alium ſibi obligandi, impenſas faciat, de quo loquitur *d. l. qui exceptionem*, §. 1. (loquitur enim de herede fiduciario, qui domum, quam ex fideicommiſſo debebat reſtituere, ſua impenſa refecit) an ſuo nomine tanquam in rem propriam, qui caſus hic a nobis propoſitus eſt per textus in *l.* 14. §. 1. *ff. comm. divid. l.* 5. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de negot. geſt.*

Poſtremo Martinus Gloſſator, eumque ſecutus Joannes Gœddæus in *l. impenſæ*, 79. *de verb. ſign.* objiciunt veriſſime huic ſententiæ *l.* 6. §. 3. *ff. de neg. geſt. l.* 8. *ff. de pign. act. l.* 7. §. *ult. ff. ſol. matr.* ex quibus locis evinci putant, utilem utique negotiorum actionem in propoſito non poſſidenti dandam: ſed fruſtra. Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumve ſibi obligandi animo acceſſit, licet eo propoſito, ut lucrum inde faceret, & res quaſdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui ſumptus fecerunt in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum eſt vel actione contraria vel negotiorum geſtorum impenſas in eam factas conſequi poſſe. Ita poſt Cyn. Salic. Caſtrenſem *in d. l.* 5. *C. de rei vind.* Don. 20. *comm.* 7. Ant. Fab. *dec.* 26. *err.* 9. *& ſeq.* Cæterum Martini ſententiam æquitatis commendatione nunc in foro prævalere teſtantur Molinæus *ad conſuet. Pariſienſ. tit.* 1. §. 1. *gloſſ.* 5. *n.* 104. Zypæ, *not. jur. Belg. de rei vind.* Groenevv. *de leg. abrog. ad* §. 30. *Inſt. de rer. div.* & plures eodem loco allegati.

CA-

Digitized by Google

CAPUT XXV.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes tam naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faciat?

ETIAM tritas & vulgares quæſtiones incudi reddere prohibitum non eſt: & aliquando expedit, propter inventa temporis & uſus. Cujuſmodi quæſtiones duas in præſentia tractare viſum eſt, unam hoc capite, an bonæ fidei poſſeſſor indiſtincte fructus omnes, quos percepit, ſuos faciat? alteram capite proxime ſequenti, an perceptos omnes & adhuc extantes domino rem ſuam vindicanti reſtituere debeat?

Si quis a non domino, quem dominum eſſe credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Ita Juſtinianus in §. 35. *Inſt. de rer. diviſ.* convenienter ſententiæ veterum, *l. qui ſcit*, 25. §. 1. *l. in pecudum*, 28. *ff. de uſur. l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom. cum ſimil.* Quod de fundo ait, idem eſt & in re quavis alia fructum producente. Res igitur, quæ hic perceptione acquiritur ſunt fructus, ideſt, id omne, quod ex re naſcitur, ſive quod res fert. Perſona acquirentis eſt bonæ fidei poſſeſſor, id eſt, qui rem animo dominantis tenet, & juſtam cauſam habet, ob quam exiſtimet rem ad ſe pertinere, puta eum, a quo eam juſto titulo accepit, dominum fuiſſe, aut jus habuiſſe alienandi, *l. bonæ fidei*, 109. *ff. de verb. ſign.* Malæ igitur fidei poſſeſſores huc non pertinent, *d. §. 35. l. 22. C. de rei vind. l. 3. C. de cond. ex leg.* Modus acquirendi eſt perceptio. Perceptioni enim hæc acquiſitio tribuitur, idque naturali ratione propter culturam & curam, ut ait Juſtinianus *d. loc.* Percepti fructus dicuntur, ſimul atque a re, qua tenebantur, ſeparati ſunt: in fundo, cum ſe terra continere deſierunt, veluti ſpica aut fœno cæſo, uva adempta, excuſſa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti ſint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *l. ſi fructuarius*, 13. *ff. quib. mod. uſuf. am. l. qui ſcit*, 25. §. 1. *ff. de uſur. l. ſi ejus fundi*, 78. *ff. de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expreſſum, lana detonſa eſt, *l. in pecudum*, 28. *ff. de uſur. l. bonæ fidei*, 48. §. 2. *ff. de acq. rer. dom.* quanquam interdum verbo percipiendi aliquid amplius deſignatur, quam ſimplex illa, quam dixi, fructuum a re ſeparatio, *d. l. 48. pr. verſ. denique*, *d. l. 78. ff. de rei vind.* Ac enim perceptio non eſt ſola nec præcipua hujus acquiſitionis cauſa, neque ſola culturæ aut curæ hic ratio habetur: alioqui idem etiam probandum eſſet in malæ fidei poſſeſſore: ſed principalis cauſa eſt in perſona poſſeſſoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut poſſeſſor pene pro domino haberi debeat, *d. l. 25. §. 1. ff. de uſur. d. l. 48. ff. de acq. rer. dom.* & tantum præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non eſt, *l. bona fides*, 136. *de reg. jur.* Perceptio vero magis eſt cauſa ſine qua non.

Quæſitum autem eſt, an non fructuum conditio & qualitas aliquid de hac acquiſitione mutet, an vero omnes indiſtincte ad eam pertineant. Fructum a ferendo dictum eſſe ſcribit Varro *lib. 4. de ling. lat.* ut ſit id omne, quod res fert. Noſtri autem cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re naſcitur, vel per cauſam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum diviſio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei naſcuntur, ſed extrinſecus per occaſionem rei percipiuntur: cujus generis ſunt uſuræ, mercedes, penſiones, reditus annui, vecturæ. Quamvis enim hæc proprie fructus non ſunt *l. ſi navis*, 62. *ff. de rei vind. l. uſura*, 121. *ff. de verb. ſign.* in fructu tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. uſuræ*, 34. *l. prædiorum*, 36. *ff. de uſur. l. mercedes*, 29. *ff. de her. petit.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum*, 27. §. 1. & 3. *ll. ſeqq. ff. de her. pet.* Cæterum de illo genere hic non quæritur. Fructus naturales ſunt, quos natura ex re ipſa producit. Et horum quidam fere ſolo naturæ beneficio & *αὐτομάτως*, ſponte magis, quam facto & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, &c. At natura quidem adjutrice, cæterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cujuſmodi ſunt ſegetes, legumina, aliaque in agris ſata, item fructus pecudum: quippe quæ ſine cura & cultu hominum ſalvæ eſſe non poſſunt. Illos naturales in ſpecie, hos induſtriales, interpretes appellaverunt, propterea quod niſi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura, atque induſtria hominis interveniat, ſola natura hos non producit. Et huc pertinet illud Senecæ 2. *de benefic.* 11. *Nihil in fructum pervenit, quod non a primo uſque ad extremum æqualis cura proſequitur*. Petita autem eſt hæc diſtinctio ex *l. fructus*, 45. *ff. de uſur.* atque evidenti ratione nixa eſt. Hoc igitur hic quæritur, an fructus tam naturales, ſic in ſpecie dicti, ad hanc acquiſitionem pertineant, & percepti bonæ fidei poſſeſſoris fiant, quam induſtriales, de quibus nulla hic controverſia? Ego in ea ſententia ſemper fui, ut exiſtimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquiſitione mutare, bonæque fidei poſſeſſorem non minus fructus naturales, quam induſtriales percipiendo ſuos faceret. Rationes hæ ſunt. 1. Quia generaliter & ſine ulla fructuum diſtinctione loquitur Imperator *dict.*

§. ſi

§. ſi quis a non domino, 35. item Juriſconſulti in *d. l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom. l.* 13. *ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus*, 78. *ff. de rei vind.* 2. Quia ratio Caji in *l. in pecudum*: 28. *ff. de uſur.* dicentis ideo fœtum pecudum, lac, pilum, lanam fieri bonæ fidei poſſeſſoris quia in fructu ſunt, & ipſa fructus omnes complectitur. 3. Faciunt huc textus in *l.* 13. *ff. quib. mod. uſuſf. am. l. ſi ejus*, 78. *ff. de rei vind.* ubi & olea mox cum percepta ſive excuſſa eſt, & fœnum, ſimul atque cæſum & a ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri expreſſe traditum eſt. At olea vel maxime fructus naturalis eſt; quippe quam nec raſtros deſiderare, aut falcem ullamve curam teſtantur Virgilius *lib.* 2. *Georg.* Plinius *lib.* 15. *nat. hiſt. c.* 1. Fœtum autem quin fructus quoque naturalis ſit, & ſpontaneus, nemo, opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo, quod de fructibus conſumptis traditur, dominum de his agere non poſſe, ſed poſſeſſorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipſos, quos percipiendo interim ſuos fecerat, *d. §.* 35. *Inſtit. de rer. div. §.* 2. *Inſt. de off. jud. l.* 4. *§.* 2. *ff. fin. reg. l. certum*, 22. *C. de rei vind.* Et igitur cum omnes lucretur conſumptos, omnes quoque perceptos ſuos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l.* 48. *ff. de acq. rer. dom.* ubi ſic ſcribit; *Bonæ fides emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex re aliena ſuos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Gloſſa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, *ſed omnes*, reſtringunt ad fructus induſtriales, qui alterius, quam bonæ fidei poſſeſſoris opera provenerunt. Sed hoc oppido quam inconcinnum & violentum eſt. Quis enim non videt, verbum *omnes* a Juriſconſulto non ad operantes, ſed ad fructus ipſos referri, eoque deſignari fructus diverſi generis & qualitatis ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire? Quod ipſum evincit & ratio, quam mox ſubjungit, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene ſit*: quam eandem rationem & Julianus affert *l. qui ſcit*, 25. *§.* 1. *ff. de uſur.* cui & illud ſimile, quod idem Julianus ibidem ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam ſeminis, ex quo oriuntur, ſpectari: unde apparet, induſtriam aut operam non eſſe τὸ οὗ ἄνευ, cauſam hujus acquiſitionis principalem: nam ſi jure ſoli fructus a bonæ fidei poſſeſſore percipiuntur, utique omnes qui in ſolo naſcuntur, etiam οἱ αὐτόματοι ϗ ἀνήροτοι ad hanc perceptionem & acquiſitionem pertinent, ejuſdemque omnes in hac cauſa conditionis ſunt. Poſtremo ſi bonæ fidei poſſeſſor ſibi acquirit fructus etiam ab alio ſatos, in quos ipſe neque operam neque curam ullam impendit, quanto magis ſuos faciet naturales, qui cura illius ſi non naſcuntur, ſaltem conſervantur?

Objicitur huic ſententiæ, *d. §. ſi quis a non domino*, 35. *Inſt. de rer. diviſ.* ubi Juſtinianus ait, placuiſſe fructus perceptos fieri bonæ fidei poſſeſſoris pro cultura & cura. Reſpondeo, vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ; putantur arbores, vites, ut omnibus notum eſt. Oleæ quoque attonderi & interradi gaudent teſte Plinio *lib.* 15. *c.* 1. Sed & ſi qui fructus ſine cultu aut procuratione humana proveniant, ut ſylvæ carduæ, poma, nuces, aliique fructus ſylveſtres: nihilo tamen minus ad hanc acquiſitionem pertinent. Nam, ut ſupra diximus, præcipua & adæquata hujus acquiſitionis cauſa eſt bona fides poſſeſſoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidam dominus jure ſoli fructus percipiat, cui conſequens eſt, ut percipiendo etiam ſuos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, τὰς αὐτομάτους, ſive ſpontaneos, qui in ſpecie naturales ab interpretibus vocantur. Tantum quia ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc a Juſtiniano expreſſa eſt.

Maxime autem huic ſententiæ obſtare putatur locus Pomponii in *l. fructus*, 45. *ff. de uſur.* Verba Pomponii hæc ſunt; *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata ſuos facit: illos tamen, quos ſuis operis acquiſierit, veluti ſerendo: nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva ceciderit, non fit ejus, ſicuti nec cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris: quia non ex facto ejus is fructus naſcitur.* Ex hoc loco ſatis perſpicue probari credunt plerique interpretes, fructus naturales, id eſt, ſpontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei poſſeſſoris non naſcuntur, ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere. Expendamus verba. Quid igitur ait Juriſconſultus? Non cujuslibet bonæ fidei poſſeſſoris fieri fructus, qui ex facto ejus non naſcuntur. Ne hoc quidem nos negamus, ſed hoc dicimus, cum poſſeſſorem bonæ fidei, qui ex juſta cauſa & titulo legibus non improbato rem ab eo, quem dominum eſſe putabat, accepit, fructus omnes ex ea re perceptos ſuos facere. Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonæ fidei poſſeſſoris tales fructus fieri, ſed non cujuslibet: quam enunciationem non eſſe generalem, ſed particularem oſtendit nota particularis attributionis, quæ hic eſt negatio univerſalis. Qui dicit, non cuivis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere; & cum idem Pomponius *l.* 6. *pr. ff. de contr. empt.* ait non cujuſcunque rei venditionem aut alienationem eſſe, id non hanc habet ſententiam, nullius rei eſſe venditionem, quod falſum eſſe vel pueri ſciunt, ſed quarundam duntaxat rerum non eſſe, nempe earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civi-

civitatis commercio exemerunt; cæterarum autem rerum eſſe, *d. l. 6. pr. l. ſi in emptione*, 34. §. 1. *ff. eod.* Igitur in hac enunciatione, *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere: & tacite duo genera ejuſmodi poſſeſſorum facere, unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciunt, alterum, qui hos etiam ſuos faciunt. Atque ita eſt, non omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes percipiendo ſuos facit, ſed is ſolum, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere. Qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui ignorantia juris in compendiis proſit, contra *l. 4. l. 7. l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* & interdum nullos, *l. 13. pr. de cond. ind.* licet alioqui non malæ, ſed bonæ fidei poſſeſſor exiſtimari debeat, quicunque dolo caret, etſi in jure errat, *l. ſed & ſi*, 25. §. *ſcire*, 6. *ff. de her. pet. l. ubi lex*, 24. *l. ſi fur*, 32. §. 1. *ff. de uſuc.* nec ſequitur, injuſte poſſidet, ſeu titulo inutili atque invalido, ergo mala fide. Poſſeſſor prædii minoris ſine decreto alienati poſſidet injuſte, bona tamen fide poſſidet, ſi ignorans rem eſſe minoris, aut in jure errans rem emit, & fructus induſtriales propter bonam fidem ſuos facit, *l. 2. C. ſi quis ign. rem min.* Talis etiam eſt poſſeſſor fundi dotalis a marito alienati item rei litigioſæ, & qui a falſo tutore emit, *l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt, *lib. ubi lex*, 24. *ff. de uſuc. l. bonæ fides*, 136. *ff. de reg. jur.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hereditatis, *d. l. 25. §. conſuluit*, 11. *ff. de her. pet.* item in caſu *l. ſi fructus*, 8. *C. de donat. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non cauſam redacta eſt, *l. 3. ff. de cond. ind.* Atque de hoc genere bonæ fidei poſſeſſorum verba Pomponii, *ſicuti nec cujuslibet*, *&c.* accipienda ſunt; quippe qui & ſoli ſimiles ſunt conjugi rem a conjuge donatam poſſidenti, & in lucris cæterorum bonæ fidei poſſeſſorum jure non cenſentur. In eo autem diſſimilitudo eſt, quod conjux fructus induſtriales, quos percepit, reſtituere non teneatur, quoniam eos non tantum jure permittente, *l. de fructibus*, 17. *ff. de don. int. vir.* ſed etiam volente conjuge percepit: cæteri niſi fructus conſumpti ſint, teneantur, de quo uberius *q. ſeq. vid.* Anton. Fab. 4. *conject.* 17. Pinell. *in l. 2. C. de reſc. vind. p. 2. c. 4. n.* 60. Fachin. 1. *cont.* 57. Tim. Fab. *diſp. ann.* 14. *theſ.* 5. Bronch. *cen.* 3. *aſſert.* 78. Vult. *diſc. ſchol. c. ult.* Paul. Buſ. *ad d. l.* 45. Thulden. *ad d.* §. 35. *Inſt. de rer. div. c.* 50. & quod ad praxin attinet, Groenevv. *in ll. abrog. ad l. certum*, 22. *C. de rei vind.* Pinell. *d. loc.* Cyprian. Regn. *ad d.* §. 35.

C A P U T XXVI.

An bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos percepit, Domino rem ſuam vindicanti reſtituere teneatur?

SUPERIORE capite ſatis abundeque probavimus, bonæ fidei poſſeſſorem juſto titulo ſubnixum fructus omnes, quos percepit, tam naturales & ſpontaneos: quam induſtriales ſuos facere. Videndum porro, an quos ita percipiendo ſuos fecit, & ſemel ſibi acquiſivit, domino ſuperveniente & rem ſuam vindicante, retinere poſſit, an vero omnes aut quoſdam reſtituere teneatur? In hac quoque quæſtione concedo in ſententiam τῶν νεωτερικῶν, diſtinguentium inter fructus adhuc extantes & conſumptos, ut illos quidem omnes domino rem ſuam vindicanti reſtituere bonæ fidei poſſeſſor teneatur, hos autem omnes lucretur ſine ullo metu reſtitutionis. De fructibus pendentibus, id eſt, qui nondum a ſolo ſeparati ſunt, nulla eſt controverſia: nam cum hi fructus pars eſſe fundi intelligantur, utique cum ipſo fundo & ipſi vindicantur & reſtituendi ſunt, *l. fructus*. 44. *ff. de rei vind.* Sed quæritur de extantibus, id eſt, ſeparatis quidem a re, qua tenebantur, ſed nondum conſumptis, an illi omnes domino reſtituendi, an vero naturales duntaxat? Et omnes ſine diſtinctione reſtituendos eſſe multa evidenter arguunt.

Primum illud, quod Juſtinianus ſcribit, de conſumptis fructibus dominum agere non poſſe, §. *ſi quis*, 35. *Inſt. de rer. div.* §. 2. *Inſt. de off. jud.* & Paulus *l. 4. §. 2. fin. reg.* bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ex contrario recte colligitur, de non conſumptis ſeu extantibus adhuc, licet a ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari.

Deinde ſi bonæ fidei poſſeſſor eoſdem fructus, quos percepit & percipiendo ſuos interim fecit, ante conſumptionem eorum domino vindicanti reſtituere debet, utique omnes debet reſtituere, & tam induſtriales, quam naturales; quoniam vel maxime & citra controverſiam induſtriales ad acquiſitionem, quæ perceptione fit, pertinent.

Sed quid opus eſt multa ad confirmationem hujus ſententiæ argumenta congerere, cum habeamus expreſſam auctoritatem in *l. certum*, 22. *C. de rei vind.* ubi ſic reſcribunt Imperatores: *Certum eſt malæ fidei poſſeſſores omnes fructus ſolere cum ipſa re præſtare, bonæ fidei vero extantes; poſt autem litis conteſtationem univerſos*. Neque poſſis cum Donello extantes hic accipere pro pendentibus: nam præterquam quod hoc

non

Digitized by Google

non admittit hujus verbi uſus, utique vel ipſo Donello fatente, naturales, licet a ſolo ſint ſeparati, reſtituendi ſunt. Atque hæc cauſa eſt, cur Africanus in *l. quæſitum*, 40. *ff. de acq. rer. dom.* ſcribat, bonæ fidei poſſeſſorem conſumptos demum ſuos facere, & Paulus *l.* 4. §. *lana ovium*, 19. *ff. de uſucap.* conſumptos vel uſucaptos. Nimirum quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur. Sic ergo concludimus, bonæ fidei poſſeſſorem fructus omnes, quos percepit tam induſtriales quam naturales non conſumptos debere reſtituere, quemadmodum e converſo omnes conſumptos tam naturales, quam induſtriales lucratur. Non obſtat, quod conjux non reſtituit fructus induſtriales rei a conjuge ſibi donatæ, quamvis adhuc extent: nam, ut præcedenti capite dictum eſt, ad hanc rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id eſt, conjugis donatoris, idque jure publico permittente hoſce fructus ſibi acquirat.

Illud autem non parum nobis obſtare videtur, quod ſola perceptione dicuntur fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris: nam ſi hoc verum eſt, falſum eſt eos demum bonæ fidei poſſeſſoris fieri conſumptione. Reſpondeo falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed ſciendum eſt, geminam eſſe dominii acquiſitionem, unam perpetuam, & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex cauſa ſuperveniente, quæ dominii cauſam tollat: quale eſt jus mariti in re dotali, quod ſoluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicommiſſi in fideicommiſſarium tranſit; item heredis in re ſub conditione legata, *l. non ideo*, 66. *ff. de rei vind. l. generaliter*, 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* Et tale quoque in propoſito eſt jus bonæ fidei poſſeſſoris in perceptis necdum conſumptis fructibus uſque ad evictionem. Nimirum cauſa hujus acquiſitionis præcipua eſt bona fides: quippe quæ efficit, ut poſſeſſor perinde quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos faciat, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente & rem ſuam vindicante, jam cauſa illa & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis ſeu litis conteſtatæ extant, officio judicis reſtituere. Neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, ſola ratio culturæ & curæ eum defendere poteſt, ut fructus retineat: ſed ad hoc ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet & conſequatur, ut dominus aut pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat; ſin minus, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, & pro illis partem fructuum poſſeſſorem retinere, *arg. l. ſi a domino*, 36. §. *ult. de her. pet.*

Innuit hoc ipſum non obſcure Paulus Juriſconſultus in *l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom.* cum ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus ex re aliena percipiendo ſuos interim facere. Quare enim ait *interim*? Non aliam procul dubio ob cauſam, quam ut ne quis credat ſola perceptione ſic fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris, ut nunquam poſtea ſint reſtituendi rei domino. Quod ſi quis putet fruſtra id conſtitutum eſſe, quaſi illa perceptio & fructuum interim acquiſitio nihil commodi afferat poſſeſſori, eo quod utique ſi adhuc extent, domino rem ſuam petenti reſtituendi ſunt; is ſciat & bonæ fidei rationem hoc exigere, *l. qui ſcit*, 25. §. 1. *ff. de uſur. l. bona fides*, 136. *ff. de reg. jur.* nec ſine effectu eſſe. Prodeſt enim bonæ fidei poſſeſſori ad hoc, ut ſi fructus ab alio percepti ſint aut ab alio poſſideantur, eos tanquam ſuos vindicare poſſit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio ſuo utendi, eoſque pro neceſſitate aut utilitate ſua aut familiæ ſuæ diſtrahendi aut conſumendi: cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem ſuam evincenti conſumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æſtimationem præſtare deberet.

Plus negotii facit reſponſum Caji in *l. in pecudum*, 26. *pr. ff. de uſur.* ubi Juriſconſultus ait, ea, quæ in fructu ſunt, ſtatim pleno jure fieri bonæ fidei poſſeſſoris & fructuarii. Quod autem ſtatim pleno jure acquiritur, id non poteſt dici conſumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo reſpondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonæ fidei poſſeſſorem fructuum ſimul ut percepti ſunt, ſtatim dominum fieri pleno jure aut in ſolidum, non continuo negare jus illud ex cauſa eſſe revocabile: neque de eo laborare debuit Cajus in *d. l. in pecudum*, in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non eſt, & ideo uſucapione demum acquiritur, *d. l. in pecudum*, §. 1. Sic idem Juriſconſultus in *l. generaliter*, 29. §. 1. *ff. qui & a quib. man.* ait, ſervum ſub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis eſſe: quem tamen conſtat exiſtente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Sic denique emptio facta lege commiſſoria perfecta & plena eſt, licet conditione deficiente reſolvatur, *l. 1. ff. de l. commiſſ.* Illud non magni ponderis eſt, quod dicitur, bonæ fidei poſſeſſorem idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum eſt, & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *d. l. qui ſcit*, 25. §. 1. *ff. de uſur.* Nam ſi hoc ſimpliciter verum eſſet, ne naturales quidem fructus extantes reſtitueret, quos tamen eſſe reſtituendos inter omnes convenit. Et loquitur expreſſe Juriſconſultus de jure fructus ab initio acquirendi: Paulus in *l. bonæ fidei*, 48. *ff. de acq. rer. dom.* de bonæ fidei poſſeſſore loquens caute addidit particulam *pene*; quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.

Porro quemadmodum bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes extantes reſtituere debet, ut di-

ctum

Digitized by Google

ctum & plene probatum eſt, ita ex contrario eorum nomine quos conſumpſit, cujuſcumque ſint generis, non tenetur, nec ullos reſtituit, quod & ipſum abunde probatum putamus. Cæterum alia hic exoritur dubitatio, & quæritur, etiam ab iis, qui hactenus idem nobiſcum ſentiunt, an non ſaltem bonæ fidei poſſeſſor ad reſtitutionem fructuum conſumptorum teneatur, quatenus ex iis factus eſt locupletior? Et verius eſt eum non teneri. Ratio eſt, quia non alienos, ſed ſuos conſumpſit: & cum nunquam domini fundi fuerint, non poteſt dici rem domini ad eum perveniſſe, eumve ex re aliena locupletatum, *leg.* 1. §. 2. *ff. de pign.* Quod ſi legum quæritur auctoritas, textus omnes, qui de conſumptis fructibus loquuntur, generaliter & ſine ulla reſtrictione negant horum nomine bonæ fidei poſſeſſorem teneri. Imperatores in *leg. certum*, 22. *Cod. de rei vind.* ajunt bonæ fidei poſſeſſorem extantes dumtaxat præſtare ſolere, quaſi de conſumptis inquirendum non ſit. Paulus *leg.* 4. §. 2. *ff. fin. reg.* ait poſſeſſorem fructus, quos bona fide percepit & conſumpſit, lucrari oportere: quod utique falſum eſſet, ſi eos quatenus locupletior factus ſit, teneretur reſtituere. Nemo enim ſine lucro locupletari poteſt. Adhæc, quod bene notandum eſt, tantum tribuit bonæ fidei poſſeſſori conſumptio, quantum uſucapio, auctore eodem Paulo in *l.* 4. §. *lana*, 19. *ff. de uſuc.* at uſucaptorum nihil redditur.

Injicitur tamen his nobis ſcrupulus aliquis ex *leg. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit*, 11. *l. illud quoque*, 40. §. 1. *ff. de her. pet.* qui ſcrupulus prius quam hinc diſcedimus, evellendus eſt. Quid igitur locis iſtis reperitur, quod nobis incommodet? nempe in judicio petitionis hereditatis bonæ fidei poſſeſſorem teneri, in quo factus eſt locupletior. Item in reſtitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos poſſeſſor locupletior factus eſt. Reſpondemus, non eadem eſt in quæſtione propoſita judicii univerſalis quod & perſonales præſtationes habet, & ſingularem rerum petitionis ratio. Poſſeſſor hereditatis nec ab initio fructus percipiendo ſuos facit, nec poſtea conſumendo lucratur: ſed ſtatim ubi ab eo percepti ſunt, in numerum rerum hereditariarum recipiuntur, ipſamque augent hereditatem: unde fit, ut eodem jure, quo ipſa corpora hereditaria, & fructus petantur, atque in reſtitutionem hereditatis veniant, *l. item veniunt*, 20. §. 3. *ff. de her. petit.* quæ omnia ſecus ſe habere conſtat in vindicatione rerum ſingularum. Nimirum cum is, qui pro herede poſſidet, ex falſa cauſa poſſideat, viſum eſt ſenatui, non ultra poſſeſſori hereditatis conſulere, quam ut ne damno afficiatur, quomodo ei conſulitur, qui tenetur condictione indebiti, *l. indebiti*, 15. *ff. de cond. ind.* unde ex contrario etiam initius quo caſu eum tractari voluit, ſcilicet ut ſi quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum ſua ſe re abuti putat, non teneatur, *d. l. ſed & ſi*, 25. §. *conſuluit*, 11. *ff. de her. petit.* vide præter allegatos *cap. præc.* Joann. a Sande *lib.* 3. *rer. jud. cap.* 15. *defin.* 1. ubi in Friſia ſic judicatum refert. Nicol. Tulden. *in annot. ad prax. civ.* Damhoud. *cap.* 104. *num.* 13. Pinell. ubi ſupra *cap. præc.* ubi ait, nunc ubique fere tantum ſervari formam *l.* 22. *C. de rei vind.* in fructibus a bonæ fidei poſſeſſore perceptis poſt litis conteſtationem, eorum qui ante percepti ſunt, ſive conſumpti ſint, ſive adhuc extent, ſive ex iis locupletior poſſeſſor factus ſive non, rationem non haberi, inſuper quoque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.

Vinn. Tract. Varii.

CAPUT XXVII.

An ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

HÆC quæſtio minus trita & vulgaris, quam duæ ſuperiores: ad cujus deciſionem antequam perveniamus, more noſtro præcurſionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana eſt actio in rem prætoria, quæ competit de re, quam quis ex juſta cauſa ſibi traditam a non domino bona fide accepit, ſi ejus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit, §. 4. *Inſtit. de action.* Eſt actio in rem prætoria: nam jure civili nulla niſi rei ſuæ vindicatio, *dict.* §. 4. Juſta cauſa eſt, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem tranſiret, quod intellectum eſt ex verbis edicti, *& nondum uſucaptum petet*, *leg.* 1. *ff. de Publ. in rem action.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit: non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit, *Inſtit. de uſuc. in pr.* cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. *dict. leg.* 1. §. *ult. & ll. ſeq.* Bona fide accepiſſe intelligitur, qui eum, a quo rem accepit, aut dominum eſſe putavit, aut jus transferendi habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe, *l. bonæ fidei*, 109. *ff. de verb. ſignif.* Traditionem latius hic accipimus, ut etiam rerum incorporalium quaſi traditio contineatur, uſus nimirum accipientis & patientia conſtituentis: nam & uſusfructus & ſervitutum conſtitutarum nomine Publiciana competit, *l. ſi ego*, 11. §. 1. *ff. de publ. in rem act.* Nec dubitandum quin in rebus corporalibus ad fundandam Publicianam ſufficiat etiam ficta traditio: cujus multæ ſunt ſpecies & modi, veluti per fictionem brevis manus, traditionem clavium, appoſitionem cuſtodis, &c. Necdum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam

nondum uſucepit, *d. l. §. eod.* ubi Ulpianus ſit, ſi res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem, nec deſiderare honorariam: quanquam nec ipſi domino Publiciana deneganda, ſi forte cum difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione, tanquam remedio expeditiore, ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, omiſſa quæſtione dominii, uti malit, quam civili in rem actione experiri. Introducendæ enim hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii. Quin & uſu forenſi receptum eſt, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumulari atque alternatim proponi poſſit, id eſt, res peti jure dominii vel quaſi dominii. Oldendorp. *claſſ. 3. act. 3.* Myſing. *ad §. 4. Inſt. de act. num. 62.* Gail. 1. *obſ. 62. n. 5.* Atque hæc quidem *ὡς ἐν παρόδῳ*. Tranſgrediamur nunc ad quæſtionem propoſitam.

Igitur, ſicut jam intelleximus, ut actioni Publicianæ locus ſit, rem vel vere vel ficte traditam eſſe oportet: nam cum nec ſine traditione poſſeſſio transferri, nec ſine poſſeſſione uſucapio procedere poſſit, *leg. 25. ff. de uſucap.* conſequens eſt & nec poſſe colorem quæſiti per uſucapionem dominii prætexi, ubi res tradita non eſt. Quid ergo, an non licebit ex iis cauſis, ex quibus dominium citra traditionem poteſtate juris transfertur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum etſi regulariter & jure gentium dominia rerum ſine traditione non transferuntur, *l. traditionibus*, 20. *C. de pact. §. per traditionem*, 40. *Inſt. de rer. div.* jure tamen civili quibuſdam ex cauſis etiam ſine traditione, veluti hereditatis, reſtitutione fideicommiſſi univerſalis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati, fideicommiſſi ſpecialis, donatione mortis cauſa, venditione aut donatione facta civitati, eccleſiæ, locis ad curam & alimoniam egenorum publice comparatis, *leg. 23. §. 1. C. de SS. eccleſ.* Finge igitur verbi cauſa rem alicui legatam eſſe ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui reſtitutam hereditatem, quæritur an is Publiciana experiri poſſit, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem? Negat D. Bachovius *diſp. 3. de act. theſ.* 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil eſſe, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, niſi ei, qui uſucapere cœpit, adeo inquit, ut auctore Jaſone in *d. §. 4. num. 17.* argumentum ab uſucapione ad Publicianam, & contra, affirmative & negative procedat: uſucapio autem ſine poſſeſſione non contingit, *l. 25. ff. de uſucap.* ac proinde, inquit, ceſſat in caſu propoſito color dominii per uſucapionem acquiſiti, quod ſit eſſentiale hujus actionis requiſitum, ut ſcilicet actor intendat ſe uſucepiſſe: quod utique prætendere non poſſit, ubi res tradita non eſt, neque poſſeſſio translata. Hoc amplius, inquit, etſi DD. vulgo exiſtimant, quoad effectum transferendi dominii, ſufficere rem traditam eſſe, licet vacua rei poſſeſſio tradita non ſit, neminem tamen eſſe, qui non ſtatuat, opus eſſe vacuæ poſſeſſionis traditione, ut procedat uſucapio.

Ego vero totum hoc ad eas dumtaxat ſpecies pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut apprehenſione poſſeſſionis eſt opus; eductumque conceptum eſſe de eo, quod *ἐπὶ τὸ πολὺ* accidit. Quibus autem ex cauſis dominium adipiſcimur, etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea agi poſſe, ex ſententia ſcilicet & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum eſt, qui alias onere probandi dominii premerentur etiam ab injuſtis rei poſſeſſoribus. Nam, ut Ulpianus ſcribit *l. 7. §. in Publiciana*, 8. *ff. de Publ. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem ſunt, quæ in rei vindicatione. Ac proinde quemadmodum ſi in caſu hoc noſtro a vero domino legata, aut vere hereditaria fuiſſet, legatario aut heredi fideicommiſſario competeret rei vindicatio, etiamſi poſſeſſionem ejus rei nacti non eſſent: ita ſi res a non domino legata ſit, aut non ſit ex corporibus hereditatis reſtitutæ, danda erit legatario aut fideicommiſſario in rem Publiciana, quamvis nec illi poſſeſſionem nacti ſint. Atque hoc diſerte reſponſum eſt de eo, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hereditas, *l. cum ſponſus*, 12. *§. 1. d. tit.* item de domino, cujus ſervus cum in fuga eſſet, rem a non domino emit, *l. ſi ſervus*, 15. *eod.* His autem caſibus cum uſucapio procedere non poſſit, *d. l. 25. ff. de uſuc.* apparet prætenſionem dominii per uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: & proinde non eſſe perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere poſſe, niſi qui fuerit in conditione uſucapiendi. Sed & hoc ipſum falſum exiſtimo, quod actor hanc actionem inſtituens expreſſe intendat aut prætendat ſe uſucepiſſe. Quamvis enim Juſtinianus ſcribat, in hac actione eum, qui poſſeſſionem amiſit, dicere eam rem ſe uſucepiſſe: illa tamen actoris intentio non ad nuda iſta verba exigenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum: quoniam ſic agitur, quaſi actor uſucepiſſet. Non dicet igitur expreſſe ſe rem uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem recte inſtituendam pertinet, cauſam actionis ſua intentione complectetur. Dicet ſe rem, de qua agitur, bona fide verbi cauſa emiſſe a Lucio Titio, & ab eo ſibi traditam bona fide accepiſſe, petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipſa intendere videtur ſe uſucepiſſe, quia idem petit & jure prætorio conſequitur, quod peteret & conſequeretur jure civili, ſi uſucepiſſet. In cauſis ex quibus & qui nondum poſſeſſionem nactus eſt, Publiciana agere poteſt, dicet actor rem ſibi a L. Titio legatam, aut eam in heredi-

Digitized by Google

reditate L. Titii fuiſſe, quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex ſenatuſconſulto obtinet: quibus caſibus cum Publicianæ locus ſit uſucapione non inchoata, *d. l.* 12. §. 1. *d. l.* 15. *de publ. in rem act.* dominium quaſi uſucapione quæſitum fingi aut prætendi non poteſt. Hæc olim fuit Petri de Bellapertica opinio, probata Jo: Fabro §. 3. *Inſt. eod. n.* 12. & Donello in §. 4. *eod. n.* 4. & 14.

CAPUT XXVIII.

Uſusfructus ſitne dividuus, an individuus?

QUÆSTIO hæc non tantum ad uſumfructum pertinet, ſed etiam ad cæteras res incorporales, puta hereditatem, obligationes & actiones, exceptis ſervitutibus prædiorum & nudo uſu, quæ individua eſſe apud omnes in confeſſo eſt. Dividuum noſtris eſt, quod dividi poteſt ſive in partes numero diſcretas, ut decem aurei, decem boves, centum amphoræ vini: ſive in partes corporum, ut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum diviſio in partes diſcretas fieri non poſſit, ſine rei interitu aut corruptione; veluti ſi homo gladio in partes ſecetur. Navem ſi dividas, inquit Caſcellius apud Macrobium, nec tu nec ſocius habebitis. Sed juris noſtri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cujuſque naturam accommodata, *leg.* 9. §. 1. *ff. de ſolut.* Cum enim de diviſione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes diſcretas & naturaliter diviſas, ſed indiſcretas & inter ſe confuſas, ac intellectu magis, quam corpore diviſas, ipſo rei corpore integro manente. Verbi cauſa, cum dicimus Titium & Sempronium ejuſdem rei eſſe dominos, rem diviſam in partes eſſe ſignificamus, quarum unam Titius, alteram Sempronius habeat. Verum hæ partes corporaliter ſeparatæ non ſunt, ſed confuſæ & commixtæ, ut neuter poſſit ſuam partem a parte ſocii ſui diſcretam oſtendere, *leg.* 5. *ff. de ſtipul. ſerv. leg. Mævius*, 66. §. 2. *ff. de legat.* 2. Atque hæ partes proprie appellatione partium continentur, quia cum diviſio ac ſeparatio corporalis fit, jam non amplius uno corpore tenentur, ſed ſingulæ per ſe corpus diſcretum conſtituunt, & totum quiddam verius, quam pars ſunt; verbi cauſa, ſi fundus in partes pro diviſo dividatur, jam duo fundi eſſe incipiunt, *l. recte*, 25. §. 1. *ff. de verb. ſign. leg.* 6. §. 1. *ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per ſe non poteſt convenire niſi corpori ſive rei corporeæ, nihil tamen prohibet, quominus etiam res incorporales, modo tales ſint, ut quod ex his percipitur, natura dividi poſſit, intellectu in partes pro indiviſo ſecernantur, ut non ex eo, quod ſunt natura dividuitas in his æſtimetur; ſed ex emolumento, quod propter partem diviſim percipitur: cum in emolumento ipſa pars quodammodo percipi videatur. Cujuſmodi res ſunt hereditas, obligatio & petitio cujuſque rei dividuæ, uſusfructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit diviſionem. Hoc intereſt inter res pleraſque mobiles puta ſervum, equum, & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam facto ipſo dividi pro partibus diviſis, & ita corrumpi poſſunt: at hæ, utpote Jura incorporalia, ne quidem per rerum naturam facto ipſo dividi poſſunt. Ea, quæ in nominibus ſunt, in Judicio familiæ erciſcundæ non dividi, cum ipſo jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum diviſa ſint, legimus in *l.* 6. *C. fam. erciſc.* De hereditate, niſi teſtator aliter diviſerit, eam diſtribui in duodecim uncias, quæ aſſis appellatione continentur, §. *hereditas*, 5. *Inſtit. de hered. inſtit. leg.* 13. §. 1. *ff. eod.* add. *l.* 1. §. 3. & 4. *ff. ſi pars hered. petit.* De uſufructu, de quo hic ex profeſſo, eum pro parte conſtitui poſſe, & legitimo tempore ſimiliter amitti, *leg.* 5. *ff. de uſufruct.* pro parte nos frui poſſe, uti non poſſe, *leg. uſus*, 19. *ff. de uſu & habit.* uſumfructum dividi poſſe, nec ſicut cæteræ ſervitutes individuæ ſunt, ita & ipſum individuum eſſe, *l.* 1. §. *ſi uſusfructus*, 9. *ff. ad leg. Falc.* Uſumfructum legatum venire in computationem legis Falcidiæ, quia diviſionem recipit, adeo ut ſi duobus legatus fuerit, ipſo jure ad ſingulos partes pertineant, *leg. ſi uſusfructus*, 81. *ff. eodem tit.* Cernitur autem maxime hæc dividuitas, cum pluribus in eundem uſumfructum conjunctis, aut concurſu partes fiunt, aut deficientum partes conjunctis accreſcunt, *tot. tit. ff. de uſufr. accreſc.* Nec putandum eſt uſumfructum dici dividuum tantum reſpectu partium fundi fructuarii: poſſunt enim in eodem fundo indiviſo partes uſusfructus diverſæ a diverſis haberi: & cum in judiciis diviſoriis cautionibus interpoſitis, qualiter fruantur, a communione diſceditur, aut cum per legem Falcidiam uſusfructus minuitur: non ideo fundus in plures partes minutiores diſpeſcitur, *l. ſi cujus*, 13. §. 3. *ff. de uſufr. l.* 7. §. *cum de uſufr.* 10. *ff. comm. div. l. & puto*, 16. *pr. ff. fam. erc.* Cur igitur ſervitutes prædiorum individuæ? *l. viæ*, 17. *ff. de ſerv. l.* 1. §. *ſi uſusfruct.* 9. *ff. ad l. Falc. l. ſtipulationes non dividuntur*, 72. *ff. de verb. oblig.* Reſp. hoc non ex eo eſt, quod ſunt res incorporales, ne quis erret; ſed quia in ſolo uſu conſiſtunt, & ſolo utentis ſervitute facto, puta euntis, agentis, aquam ducentis, tignum immittentis, projicientis, &c. terminantur, nulla re relicta, quæ dividi poſſit. Uſusfructus autem dividuus eſt, quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat *leg. un. ff. quand. dies uſusfr. leg.* facto tamen

ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem; qui fructus cum dividi poſſint, etiam jus eorum percipiendorum dividuum habetur: quamvis ipſius juris nulla ſit phyſica diviſio. Recipiunt quidem & prædiorum ſervitutes diviſionem per tempora, ſed ita uſus ſervitutum non dividitur, ſed per intervalla diſtinguitur, ut nihilominus tota ſemper utatur ſervitute, *l. 5. §. 1. ff. de ſervit.* & eſt tantum modus adjectus toti ſive uſui totius, *l. arbor*, 19. §. *ult. ff. comm. divid.* Putaverit tamen aliquis non magis uſumfructum, quam uſum dividuum dici poſſe, cum uſus, ut diſputat Hotomannus *illuſtr. quæſt.* 20. ſit pars homogenea uſusfructus: uſus autem cujuſque ſemper in ſolidum eſt, *l. uſus*, 19. *ff. de uſ. & habit. l. 5. §. ultim. ff. commod.* Sed falſum eſt, quod Hotomannus aſſumit, uſum formalem ſive ſeparatum, partem eſſe ſive homogeneam ſive heterogeneam uſusfructus; & partium illa in ſimilares & diſſimilares diſtinctio propria eſt partium corporis.

Ex contrario putaverit aliquis non minus uſum quam uſumfructum dividuum eſſe, & partes pro indiviſo recipere, quoniam uſus nihil aliud ſit, quam parvus quidam uſusfructus. Sed & hoc quoque falſum eſt: nam uſusfructus continet omnem utilitatem, quæ ex re percipi poteſt, uſus ſolos eos fructus, qui neceſſitate utentis ſufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures ſimul, quiſque ad ſuam neceſſitatem, & tamen pro parte re utantur. In uſufructu nulla habetur ratio neceſſitatis fructuarii, ſed tantum fructuum; qui quavis ratione ex re obvenire poſſunt: nam fruimur etiam ad compendium: in uſu vero non ad fructus reſpicitur, ſed tantum ad indigentiam perſonæ uſuarii, cujus ſolo facto & conſumptione uſus terminatur, nihil relinquens, quod dividi poſſit: in quo uſus ſimilis ſervitutibus prædiorum. Plures in eundem uſumfructum conjungi poſſunt, in eundem uſum plures conjungi non poſſunt: qua enim ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc eſt, quod uſus amiſſus ſemper ad proprietatem redit, uſusfructus amiſſus ad conjunctum, *tit. ff. de uſufruct. accreſc.*

Exemplo res fiet illuſtrior. Ponamus ſylvæ amplæ & copioſæ uſum tribus perſonis legatum eſſe, quæ vel decem ſatis lignorum ad rei familiaris uſum ſuppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (diviſas vel indiviſas) unius uſus, ſed pro ſe quiſque uſum ſolidum & diſtinctum. Contra eſt, ſi hic uſumfructum pluribus legatum eſſe ponamus. Nam unius rei poſſunt plures eſſe uſus, quia nihil impedit, quominus quiſque, verbi cauſa, tantum lignorum cædat, quantum ei ſufficiat ad uſum & conſumptionem quotidianam. Uſusfructus autem non niſi unus ejuſdem rei eſſe poteſt, cum per rerum naturam fieri nequeat, ut plures in ſolidum fruantur, & ſinguli omnem fructum atque utilitatem percipiant. Si equi uſusfructus duobus legatus ſit; equus locari poteſt, & penſio inter utrumque dividi, *l. 7. §. cum de*, 10. *ff. comm. div.* Si uſus equi legatus, locari nequit, ſed tantum uterque ad ſuam neceſſitatem equo uti poteſt. Quod ſi uterque eodem tempore indigeant equo ad negotia ſua, apparet eos in uſu concurrere non poſſe; nec ita igitur res tranſigetur, ut *d. l.* 7. §. 10. ſed neceſſe erit uni ſoli uſum adjudicari, & hunc alteri in præſtationem æſtimationis partis condemnari, *l. item*, 10. §. *ff. d. tit.* aut utendi facultatem temporibus inter eos dividi, *arg. l. arbor*, 19. §. *ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter neceſſitatem, *d. l.* 10. §. 1. Reddetur autem utile communi dividundo judicium per *l. ſi cum duorum*, 32. *ff. de ſtip. ſerv.* Non obſtat, quod apud Ulpianum legimus, ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurrere nos in uſu, *l. per ſervum*, 14. §. 2. *ff. de uſu & habit.* quoniam in tali ſpecie ita concurrit cum uſuario fructuarius, ut percipiat, quod uſuario ſupererit, ipſe interim etiam fruendi cauſa uſum habeat, ſeu uſum caſualem, qui fructui ſemper ineſt, *l. ſi alii*, 42. junct. *d. l.* 14. §. 1. *ff. eod.* Quod vero generaliter traditum eſt in *l. ſtipulationes* 72. *ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum cæteraſque ſervitutes diviſionem non recipere, id ad uſum fructum non pertinet, ſed eo ſenſu dictum eſt, quo ſervitutes prædiorum per excellentiam abſolute ita nominantur, §. *ultim. Inſt. de uſu & hab. l. 4. & paſſim, ff. de ſervit.* DD. comm. *ad d. l.* 72. *& ad l. 2. ff. de verb. oblig.* Gomez. 2. *reſolut.* 10. *num.* 18. Caſtill. *tract. de uſufr. cap.* 31. Diſſentit Hotomann. *quæſt. illuſtr. cap.* 20. cujus objectionibus facile ex iis, quæ a nobis diſputata ſunt, occurri poteſt.

CAPUT XXIX.

An teſtator poſſit fructuario remittere partem cautionis fructuariæ, quæ eſt de re finito uſufructu reſtituenda?

JUS eſt uſufructuario rebus alienis utendi, fruendi, ſed ſalva rerum ſubſtantia, ideſt, dum ita utatur fruatur, ut rem ſalvam ſervet domino. Quapropter, ut dominus ſecurus eſſe poſſit de proprietate, deſiderante eo fructuarius cavere cogitur, & uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit, *l. 1. & tot. tit. ff. uſufr. quemadm. cav.* quæ cautio ſatiſdatio eſt, id eſt, cavere debet fructuarius datis

Digitized by Google

tis fidejuſſoribus, *l. 13. pr. ff. de uſufr. l. 4. C. eod.* habet autem iſta ſtipulatio duas cauſas, propter quas interponitur, unam de uſu, alteram de reſtitutione; quarum prior ſæpius committi poteſt, quoties nimirum aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitrabitur: poſterior ſemel duntaxat, uſufructu ſcilicet quoquo modo finito, *d. l. 1. §. penult. uſufr. quemad. cav.* Pertinet porro hæc cautio ad omnem fructuarium, *d. l. 13. ff. de uſufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. uſufr. quem. cav.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l. 6. §. non autem, 2. l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quæ lib.* quod datum reverentiæ paternæ; item eo, cui uſufructu pure legato proprietas ex die debetur, ex edicti nimirum ſententia, quia certum eſt proprietatem ad eum perventuram, *l. 9. §. ult. ff. uſufr. quem. cav.* Interpretes & fiſcum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam partis bonorum rerento uſufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. ſi ad fiſcum, 18. ff. ut leg. nom. cav. & l. inter eos, 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quaſi uſufructu cautio a fructuario præſtanda, (quæ & ipſa ſatiſdatio eſt) nimirum ſe cum morietur aut capite minuetur, reſtituturum non eadem quidem corpora, quæ accepit, quod iis conſumptis fieri non poteſt, ſed tantumdem, aut eorum æſtimationem, *§. 2. Inſt. de uſufr. l. 7. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.* nam clauſula de utendo boni viri arbitratu ad quaſi uſumfructum pertinere non poteſt, ut recte Caſtillo *tractat. de uſufr. cap. 15. num. 13.* In utroque autem uſufructu & vero & quaſi, cautio adeo neceſſaria eſſe putatur, ut ne teſtator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr. l. 6. ff. ut in poſſeſſ. legat.* Gail. 2. *obſ.* 145. Caſtill. *d. tract. cap.* 15. poſt DD. *in d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud conſtat remiſſione cautionis facta a teſtatore non vitiari legatum ipſum uſusfructus, ſed non obſtante hac remiſſione legatarium cautione oblata uſumfructum petere poſſe, *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. Cod. de uſufr.* quamvis contrarium putet Hunnius *reſol. ad Inſt. lib. 4. tract. 2. q. 26.* idque duplici, ſed utroque inepto & futili argumento. Primum petitum eſt ex *l. 7. pr. ff. uſufruct. quem. cav.* ubi Juriſconſultus ait, ſi res uſusfructus nomine non exacta ſatiſdatione tradita ſit, poſſe heredem rem vindicare, & ſi objiciatur exceptio de re uſusfructus nomine tradita, replicandum eſſe. Reſpondeo primum, idem obtinere, & ſi teſtator cautionem non remiſit; neque ullum in eo textu verbum extare, unde colligi poſſit, de eo caſu loqui Juriſconſultum, quo cautio remiſſa eſt. Sententia Juriſconſulti minime obſcura, ſed plana eſt, nempe ſi heres forte per oblivionem cautione non exacta rem fructuariam tradidit, poſſe eum rem vindicare, & excipientem legatarium de re uſusfructus nomine tradita, niſi paratus ſit ſatiſdare, replicatione doli mali removere. Alterum argumentum Hunnii eſt, quia quicquid contra legem fit, ipſo jure nullum eſt. Concedimus nullum eſſe, quod contra legem fit, ſed non ultra quam quatenus in legem peccatum eſt. Non peccat autem teſtator in legem legando uſumfructum, ſed contra legem facit remittendo cautionem: quam remiſſionem idcirco etiam nullius momenti eſſe fatemur. Sic etſi donatio quæ ſummam quingentorum ſolidorum excedens actis inſinuata non eſt, contra legem fiat, non tamen ideo in totum irrita eſt, ſed tantum quatenus legitimum modum excedit, *l. ſancimus, 32. Cod. de donat.* Cæterum an in totum verum ſit & ad utramque clauſulam cautionis fructuariæ pertineat, quod vulgo traditur, cautionem illam a teſtatore remitti non poſſe, merito dubites. In quaſi uſufructu quoniam proprietas tranſit in fructuarium, nec fructuarius præſtat cautionem de re boni viri arbitratu utenda, & finito uſufructu reſtituenda ipſa re, ſed tantum de reſtituendo tantundem, non poteſt teſtator remittere cautionem de tali vel tali ſumma reſtituenda, *l. 6. ff. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de uſufr.* Rario eſt, ut hac ſaltem via ſecuritatem ſibi addere poſſit proprietarius: quippe qui hic finito uſufructu nullam actionem in rem adverſus fructuarium habeat, ſed perſonalem duntaxat, ſcilicet quantitatis condictionem, *l. 5. §. 1. ff. de uſufr. ear. rer.* quæ actio proprietario inutilis erit, ſi finito uſufructu debitor inops reperiatur. At in vero & proprio uſufructu, cum cautio ad hæc duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratu utatur fruatur; deinde ut rem finito uſufructu reſtituat, hic primam quidem cautionem teſtator remittere non poteſt, *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invitaretur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, *arg. l. ſi unus, 27. §. 3. ff. de pact.* tum etiam quia hic heres quidem habiturus eſt actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta eſt, *l. 13. §. 2. verſ. denique ff. de uſufr.* Cæterum quæ heredi inutilis futura, ſi forte finito uſufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi poteſt, teſtatorem poſſe remittere cautionem de re reſtituenda: quia etſi ea omiſſa ſit, habet tamen proprietarius actionem in rem, quam ipſam finito uſufructu vindicet, *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. verſ. ſi igitur, ff. uſufr. quem. caveat.* & ſic poteſt teſtator prohibere ne legatarii aut fideicommiſſarii cautionem ab herede exigant nomine legati vel fideicommiſſi, *leg. 1. pr. ff. ut leg. nom. cav. leg. pen. C. ut in poſſeſſ. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur teſtator remittere ſatiſdationem de re finito uſufructu reſtituenda, ſed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratu. Ita

Digitized by Google

memini diſputare ſolitum virum clariſſimum & Collegam quondam noſtrum D. Petrum Cunæum piæ memoriæ.

CAPUT XXX.

An in argumento de ſervitutibus prædiorum ſola ædificia ad uſum urbanum comparata urbanorum prædiorum numero habenda?

SICUT prædia vel urbana ſunt, vel ruſtica, ita & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel urbanorum prædiorum ſunt, vel ruſticorum; ſic enim a ſubjectis ſervitutes diſtinguuntur, *l. 1. ff. de ſervit.* Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, horti, ruri ager, *l. fundi*, 211. *ff. de verb. ſign.* Urbana autem prædia in hac materia appellamus ædificia omnia, etſi in villa ædificata ſunt, *l. 1. ff. comm. præd.* §. 1. *Inſt. de ſerv. præd.* Quæ igitur locis puris inhærent, prædiorum ruſticorum ſervitutes ſunt, quæ ædificiis, prædiorum urbanorum: diſtinctione ſcilicet non a loco ſumpta, ſed a materia vel genere prædii, *l. fundi*, 166. *l. urbana*, 198. *ff. de verb. ſign.* Sunt tamen, qui a fine ſumptam putant, & ea ſola ædificia urbanorum prædiorum numero eſſe, quæ habitandi cauſa parata ſunt, horrea autem quæ ruri ædificantur, ad fructus reponendos & cuſtodiendos, magis eſſe ut prædia ruſtica cenſeantur, Cæpoll. *de ſerv. urb. c.* 11. *n.* 2. Mynſ. Weſemb. Vult. *ad* §. 1. *Inſt. d. tit.* Bronch. *cent.* 1. *aſſ.* 95. Sed male mea quidem ſententia, quod quidem ad propoſitam tractationem attinet. Fac enim unum e dominis, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus ſit, ceſſiſſe ſervitutem altius non tollendi, aut jus alteri conſtituiſſe tigni immittendi in parietem horrei ſui. Hæ ſervitutes utique urbanæ dicendæ ſunt, non ruſticæ. Quid enim intereſt, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In conſtituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque ſpecie ſervitus nunc urbana nunc ruſtica dicatur. Non eſt tamen hæc ſententia uſquequaque expedita. Scribit enim Neratius *l. 2. ff. de ſervit. præd. ruſt.* licere altius tollere & officere prætorio vicini ſervitutem eſſe prædii ruſtici: atqui prætorium ſignificat id ædificium, in quo dominus, ſi quando ruri eſt, habitat, ſeparatum ab habitatione villici, ut ex Columella & Palladio conſtat, quale tamen prædium urbanum eſſe cæteri omnes fatentur. Reſp. Neratium illic ſuo arbitrio loqui, non conſiderato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, ſciendum eſt, prædia, eorumque jura dupliciter conſiderari, vel ſimpliciter, qua conſideratione nihil prohibet ea loco diſtinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris; qua conſideratione nunquam loco diſtinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invectis, & illatis in prædium ruſticum a colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in cauſ. pign. tac.* urbanum prædium accipimus etiam tabernas, ſtabula, aliaque meritoria, etiam quæ non ſunt in continentibus ædificiis, ſed in villis & vicis, vel ipſo teſte Neratio *d. l. 4.* §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac cauſa prædia ruſtica habentur, *arg. l. urbana*, 198. *ff. de verb. ſign.* Cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum viginti quinque annis, quæ ſi ruſtica ſint aut ſuburbana, oratione Severi ſine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tut.* (quod conſtitutione Conſtantini ad urbana quoque prædia poſtea extenſum eſt, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia a fine & uſu diſtinguuntur, & ruſtica quoque intelliguntur horti olitorii & vinarii, qui in urbe ſunt, & villæ fundi cauſa & propter opus ruſticum ædificatæ: reliqua ædificia, ſtabula meritoria, etſi ruri ſint, horti quoque ædificiorum, unde nihil aut parum redditus, & multo magis area, pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana, ff. de verb. ſign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujacius 7. *obſ.* 24. & Gœdd. *ad d. l. urbana*, bene obſervaverunt. Similiter cum de ſervitutibus ſimpliciter quæritur, quorum prædiorum ſint, loco itidem, ut prædia ipſa diſtingui poſſunt, quod fecit Neratius *d. l. 2. ff. de ſerv. præd. ruſt.* At cum quæritur de vi & effectu juris in iis conſtituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere earum nomine nuntiando, (vide *l. 1. l. 6. ff. de ſerv. præd. urb. l. 6. l. 7.* §. 1. *ff. comm. præd. l. 11.* §. *ult. & l. ſeq. ff. de pign. l. 5.* §. *& belle*, 9. *l. 14. ff. de op. nov. nunt.*) loci ratio nulla habetur. Sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ; quæ locis puris, ruſticæ dicuntur. Et quia hac conſideratione neque ulla ædificia poſſunt eſſe ſubjectum ſervitutum ruſticarum, nec loca ulla ædificiis vacua ſubjectum urbanarum, hinc factum, ut ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis ſunt, ſive ad uſum urbanum, puta ad habitandum, ac viatores recipiendos, aliumve quæſtum faciendum comparata ſint, ſive ad uſum ruſticum, ad fruges condendas & cuſtodiendas, ad ſtabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra, loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horti ad voluptatem comparati prædia ruſtica, diſtinctione ſubjecti ad naturam ſervitutum, accommodata. Idque contra Cæpollam & alios ſupra allegatos etiam Bachov. bene obſervavit ad §. 1. *Inſtit. de ſerv. præd.* Non obſtant iis, quæ diximus *l. 7.* §. 1. *iter*, 14. *ff. comm. præd. l. ſervitutes*, 20. §. 1.

ff. de

ff. de ſerv. præd. urb. ubi irer dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, ſervitus ruſtica eſt: quippe quod fere debetur per aream, quæ hic inſtar fundi habet: neque etiam ad irer, qua debetur per ædes, quicquam ſtructura ædificii facit, immo magis eſt impedimento. Ulpianus in *l.* 11. §. 1. *ff. de publ. in rem act.* aquæductum per domum tranſductum vocar ſervitutem prædii urbani, quæ tamen & ipſa revera ruſtica eſt, ſi de vi & effectu juris, de quo ſupra diximus, quæritur, & ſervitutum diſtinctio non a re, quæ debet ſervitutem, ſed ab ea, cui debetur, ſumitur, *l.* 1. §. *& datur*, 43. *ff. de aq. cott. & æſt.* Denique ſublato ædificio hujuſmodi ſervitus adhuc præſtari poteſt.

CAPUT XXXI.

An in præſcriptione ſervitutum ſemper opus ſit titulo?

SERVITUTES, utpote res incorporales, in quas non cadit poſſeſſio, natura ſua uſucapi non poſſunt, *l. ſervus*, 43. §. 1. *ff. de acq. rer. dom. l. ſervitutes*, 14. *ff. de ſervit. l. ſi aliena*, 10. §. 1. *ff. de uſuc.* Et quamvis olim moribus ſive auctoritate prudentum introducta eſſet ſervitutum in prædiis urbanis uſucapio, quod in his videatur eſſe continua quædam, ſi non poſſeſſio, at ſaltem quaſi poſſeſſio, cum ruſticarum ſervitutum uſus non ita ſit continuus: tamen quia nec urbanæ ſervitutes vere poſſidentur, lex Scribonia denuo harum uſucapionum, quæ moribus contra rationem juris invaluerat, ſuſtulit, ur poſt legem Scriboniam & tempore mediæ juriſprudentiæ non magis urbanorum prædiorum ſervitutes, quam ruſticorum uſucapi potuerint, *l.* 4. §. *ult. ff. de uſuc. d. l.* 10. §. 1. *eod. d. l.* 14. *ff. de ſervit.* ubi duplex ratio affertur, cur prædiorum ruſticorum ſervitutes non uſucapiantur: 1. Quia incorporales ſunt; ac proinde nec poſſidentur. 2. Quia earum uſus non eſt continuus, ſed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in ſervitutibus prædiorum urbanorum, & ſola ſufficit ad impediendam uſucapionem. Atque ideo in *fin. pr. d. l.* 14. additur: *Idem & in ſervitutibus prædiorum urbanorum obſervatur*. Poſterior autem cauſa ceſſat in ſervitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat uſucapio, non etiam ruſticarum introducta fuit.

Etſi autem ſervitutes uſucapi nequiverint, ideſt, biennio, quo tempore olim uſucapio rerum immobilium in ſolo Italico implebatur, acquiri tamen potuerunt decem vel inter abſentes viginti annorum diuturno uſu ita acquiri; ut tanquam jure impoſitæ, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* Atque eo pertinet *l.* 2. *C. de ſerv. & aq.* ubi Antonius ait, ſervitutes tempore acquiri, exemplo rerum immobilium: nempe præſcriptione decem annorum. Non enim de uſucapione ſervitutis Imperator loquitur; ſed de præſcriptione, quæ non directam, ſed utilem actionem dat: & de rebus immobilibus ſeu prædiis provincialibus, quorum non erat uſucapio, ſed duntaxat præſcriptio. Sic idem Imperator in *l.* 1. *C. eod. tit.* non loquitur de uſucapione ſervitutis, ſed de præſcriptione, quæ longi temporis conſuetudine vicem ſervitutis obtinet. Porro decem annorum uſu qui pro poſſeſſione eſt, omnes ſervitutes acquiruntur: generalis enim eſt definitio *d. l.* 10. *ff. ſi ſerv. vind. d. l.* 1. *in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* Ac proinde rejiciendum eſt diſcrimen inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, quaſi illæ decem annis, hæ non niſi tempore immemoriali præſcribantur. Quamvis enim uſus corporalis in pleriſque ſervitutibus ruſticorum prædiorum, puta itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. l. ſervitutes*, 14. *ff. de ſervit.* poſſeſſio tamen earum non amittitur, quamdiu animo retinetur, §. 5. *Inſt. de interd. l.* 3. §. *ſed &* 7. *ff. de acq. poſſ.* Nam quod iſtis locis de rebus incorporalibus dicitur id vel magis in rebus incorporalibus obtinere debet, & eſt hujus rei argumentum in *l.* 1. §. 2. *ff. de itin. act. priv.* Hodie poſt transformatam a Juſtiniano uſucapionem, & uſucapionem rerum ſoli cum longi temporis præſcriptione confuſam, ſervitutes tam uſucapione, quam præſcriptione acquiri recte defendi poteſt, uſucapione videlicet Juſtinianea, arg. *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp.* junct. *l. un. C. de uſuc. transform.*

Exiſtimo autem, quæ & communis eſt ſententia, ſervitutes duobus modis per ſe & principaliter longa quaſi poſſeſſione acquiri poſſe. Ajo per ſe & principaliter, quoniam ſervitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi poſſunt, *l.* 10. §. 1. *ff. de uſuc.* ſed uno dumtaxat modo, quo ſcilicet & ipſa ædificia: ac tum non tam ipſa ſervitus uſucapitur, quam prædium; quod uſucaptum ſuæ conditiones ſequuntur, *arg. l. via*, 23. §. 2. *ff. de ſerv. præd. ruſt. l. traditio*, 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Primus modus, quo ſervitus per ſe longo uſu acquiritur, eſt, ſi ſervitute ex juſta cauſa ſive titulo a non domino prædii, quem tamen dominum eſſe credebamus, conſtituta per decem vel viginti annos continenter uſi fuerimus. Qui modus cum rerum corporalium uſucapione ſeu præſcriptione communis eſt. Ac de hoc modo accipienda eſt *l. ult. C. de long. temp. præſcr.* ut patet ex ipſo contextu. Et quia hic poſſeſſionis initium eſt a non domino prædii, ideo etiam titulus hic neceſſarius eſt: at contra ignorantia dominum nihil juvat, uti nec uſucapione rerum corporalium, *d. l. ult. C. de*

Digitized by Google

præſc. long. temp. Alter modus ſervitutum eſt proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id eſt, domino prædii ſervientis ſciente & patiente, quod hic pro traditione & vice boni initii eſt, per continuum legitimi temporis ſpatium ſervitute uſi ſimus. Nimirum quia hic initium poſſeſſionis eſt ab ipſo domino, ideo ſcientiam quidem domini, a quo poſſeſſionis initium profectum eſt, requirimus; titulum autem non item: quoniam ſi etiam titulus adeſſet, puta ſi dominus prædii mihi ſervitutem conſtituiſſet & tradidiſſet ex cauſa venditionis, donationis, &c. ſervitus ſtatim citra præſcriptionem pleno jure acquireretur, *per l. nunquam*, 31. *pr. ff. de acq. rer. dom.* §. *per traditionem*, 40. *Inſt. eod.* Ad hunc poſteriorem modum pertinet *l. ſi quis*, 10. *ff. ſi ſerv. vind. Si quis*, inquit ibi Ulpianus, *diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione jus aquæ ducendæ nactus ſit, non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt, veluti ex legato, vel alio modo: ſed utilem habet actionem, ut oſtendat per annos forte tot uſum ſe, non vi, non clam, non precario, poſſediſſe.* Diſplicet quidem hæc ſententia Franciſco Duareno *l. 1. diſp. cap. 34.* ubi verba illa Ulpiani, *non eſt ei neceſſe docere de jure, quo aqua conſtituta eſt*, interpretatur de jure civili & directo, quaſi hæc ſit Juriſconſulti ſententia, ei qui ita aquæ ductum nactus eſt, recte ſervitutem quæſitam videri, quamvis jure, id eſt, jure civili & directo non ſit conſtituta, & ob id eum non debere probare de juſta ſervitutis conſtitutione, puta eam ſibi donatam, aut legatam, &c. eſſe. Sed hæc interpretatio neque verbis Ulpiani neque ſententiæ convenit. Verbis non convenit, quia Ulpianus ipſe exemplo declarat, ſe verbo juris intelligere titulum, dum ait, *veluti ex legato*, ut perinde habendum ſit, ac ſi dixiſſet, non eſſe utenti neceſſe docere de titulo, quo aqua conſtituta ſit. Nam ut hoc exemplo intelligamus, non titulum poſſeſſionis acquiſitæ, ſed modum, quo aqua jure civili impoſita ſit, verba non patiuntur: poteſt enim ſervitus legari ab eo, qui non ſit dominus fundi, a quo ſervitutem jure conſtitutam nemo dixerit. Quod ſi a domino legatam accipimus, jam hoc non conveniet Juriſconſulti ſententiæ, qui quæſtionem proponit de eo, qui jus aquæ ducendæ nactus eſt diuturno uſu & longa quaſi poſſeſſione. At cui a domino prædii ſervitus legata eſt, is eam ſtatim a principio ſibi recte conſtitutam habet. Similis locus ſuperiori eſt in *l. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv.* ubi idem Juriſconſultus definit, in ſervitutibus hoc nos ſequi, ut ubi ſervitus non invenitur impoſita, videatur is habuiſſe longa conſuetudine, velut jure impoſitam ſervitutem, qui diu uſus eſt nec vi, nec clam, nec precario. Non invenitur ſervitus impoſita, cum non invenitur titulus, quo eſt impoſita: nam tituli ſunt cauſæ, ex quibus res quæque acquiruntur. Ait Juriſconſultus hoc jus nos ſequi in ſervitutibus, quo ſignificat hoc eſſe ſervitutum proprium, & in eo eſſe aliquid diverſum ab uſucapione & præſcriptione rerum corporalium; nihil autem hic proprium eſſet ſervitutum, ſi in hac acquiſitione etiam titulum poſſeſſionis exigeremus. At denique longa conſuetudine ſervitutum ita acquiri, ſi quis uſus ſit nec vi, nec clam, nec precario: quibus verbis exigitur, ut uſus ſit domino prædii ſciente: at titulo accedente & bona fide, ignorantia domini uſucapionem ſive longi temporis præſcriptionem non impedit, *l. ult. in fin. Cod. de præſcript. long. temp.* Denique idem plane ſignificatur in *l. 2. C. de ſerv. & aq.* nempe jus aquæ ducendæ longo tempore acquiri, ſi quis per fundum ſciente & patiente domino fundi aquam tanto tempore duxerit. Non poteſt hoc ſine vitio intelligi de eo, qui titulum habet: Nam ſi eum habeat a domino, ſtatim illi ſervitus quæſita eſt: ſi a non domino, procedit longi temporis præſcriptio etiam vero domino ignorante, *d. l. ult. C. de long. temp. præſcr.* Unde etiam liquet illa Imperatoris Antonini verba in *d. l. 2. ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiſti*, continere duntaxat comparationem ſervitutum & rerum immobilium ratione temporis quo per poſſeſſionem acquiruntur; non autem ſimplicem & reſpectu omnium conditionum: ut hic ſit ſenſus, quemadmodum res immobiles ſoli provinciales (loquitur enim Imp. non de uſucapione rerum ſoli Italici, quæ biennio implebatur, ſed de longi temporis præſcriptione, quæ locum habebat in prædiis provincialibus) longi temporis poſſeſſione quæri poſſunt, ita poſſe & ſervitutem aquæductus acquiri, ſi quis aquam per fundum domini eo ſciente nec contradicente per idem tempus duxerit. Fruſtra igitur hunc locum contra communem urget Coraſius in *l. ſervitutes*, 14. *num.* 31. *ff. de ſervit.* Moveri non debemus *l. nulli*, 24. *C. de rei vind. l. ult. C. de uſuc. pro herede*, aut ſimilibus locis quibus traditur, nullo juſto titulo præcedente poſſidentes dominium quærere prohiberi; uſucapionem non præcedente vero titulo non procedere. Nam & poſſeſſionis, & dominii, & uſucapionis verba, quibus iſtæ ſententiæ conceptæ ſunt, declarant eas pertinere ad uſucapionem rerum corporalium, in quas ſolum proprie cadit poſſeſſio, uſucapio, dominium. In his rebus & nos concedimus nullam eſſe uſucapionem, niſi juſto titulo præcedente. At in ſervitutibus diſtinctio ſuperior obſervanda eſt, ut ſiquidem initium poſſeſſionis ſervitutis profectum ſit a non domino prædii, qui tamen dominus eſſe putabatur, etiam titulus ad ſervitutem tempore acquirendam deſideretur, ut in uſucapione rerum cor-

corporalium, *leg. ult. C. de long. temp. præſcr.* At ubi poſſeſſionis initium proficiſcitur ab ipſo fundi domino, qui ſciens patitur nos per longi temporis ſpatium ſervitute uti, ita nos uſos eſſe ad præſcriptionem ſervitutis ſufficit, nec titulus requiritur, imo non niſi inepte, ut ſupra oſtendimus, requireretur. Atque eo pertinet, quod dicitur in *leg. 1. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. in ſervitutibus hoc nos jus ſequi, &c.* nimirum in ſervitutibus ſolis, non etiam in rebus corporalibus, aut ipſis prædiis. Ne quis autem capter, quod ſupra diximus, ſcientiam & patientiam domini in hac acquiſitione ſervitutis eſſe vice boni initii, & quoque loco traditionis, atque inde colligat ita ſtatim ſervitutem quæri, non ex longa temporis paſſione: is cogiret hic abeſſe titulum, & ideo per hanc quaſi traditionem non ſtatim ſervitutem noſtram fieri, *arg. l. nunquam*, 31. *ff. de acq. rer. dom.* ſed hoc tantum eſſe ut locus ſit præſcriptioni, vide Baldum *de præſcr. p. 2. q. 2. n. 1. quart. part. princ.* Covar. 1. *var reſ. c. 17. n. 7.* Coſtal. *in l. 10. ff. ſi ſerv. vind.* Caſtill. *tract. de uſufr. c. 68. n. 16.* Fachin. 8. *cont. 22.* & in primis Donell. 11. *comm.* 12. Diſſent. Duar. 1. *diſp.* 34. Hotom. 8. *obſ.* 11. Coraſ. *loco ſupra allegato.* Ræward. *ad leg. Scribon. cap. 7.* quorum ſingulorum argumentis ex profeſſo occurrit Schitordegen *lib. 1. tr. 6. quæſt. 1. & ſeqq.*

CAPUT XXXII.

An quæ ſervitutes prædiorum pignori dari poſſint?

CERTI atque explorati juris eſt, fructuarium poſſe uſumfructum, id eſt, jus utendi fruendi pignori hypothecæve dare, etiam invito proprietario, & ſi velit proprietarius cum creditore agere, non eſſe ei jus uti frui invito ſe, prætorem exceptione tueri creditorem, *leg. 11. §. pen. ff. de pign.* ubi hujus rei etiam ratio redditur, quod & emptorem uſusfructus prætor tueatur, ducto ſcilicet argumento a majori, *leg. 9. §. 1. ff. eod.* Eſt & alia ratio, quia fructus rei etiam in eo eſt, ut pignori dare liceat, *l. ult. ff. de uſur. leg. fructus*, 72. *ff. de reg. jur.* Non obſtat *l. 6. C. de uſufr.* quia non loquitur de oppignoratione uſusfructus, ſed proprietatis, cujus pignorandæ jus nullum uſufructuarius habet. Contra autem Juriſconſultus in *d. l. 11. §. ult. ff. de pign.* de ſervitutibus prædiorum urbanorum definit, nempe jura prædiorum urbanorum pignori dari non poſſe. Concepta eſt hæc definitio nominatim de ſervitutibus prædiorum urbanorum: unde quidam exiſtimaverunt, eam ad jura prædiorum ruſticorum non pertinere. Sed verius eſt non magis ſervitutes prædiorum ruſticorum pignori dari poſſe, quam urbanorum; eandemque in propoſito harum atque illarum eſſe rationem. Argumenta ſunt hæc, 1. quia ſervitutes prædii, ſunt prædii qualitates, *l. quid aliud. 86. ff. de verb. ſign.* prædio cui conſtitutæ ut ſubjecto ſuo ſic inhærentes, ut ab eo divelli nequeant, & in aliud transferri ſine conſenſu domini prædii ſervientis. Ac proinde non niſi oppignerato ſimul prædio oppignerari poſſunt. Sicuti nec vendi poſſunt ſine prædio quamvis prædio vendito ſimul cum prædio, cui debentur, transferuntur, *l. traditio*, 20. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Junct. *leg. cum eſſent.* 33. §. 1. *de ſerv. præd. ruſt.* Bronch. *cent. 2. aſſ. 75.* Prædio autem ipſo oppignerato datur creditori pretio ſervitutis prædio jam ante impoſitæ, non quidem directa, ſed utilis; ſicuti & ipſius fundi ei utilis petitio datur, *leg. ei qui*, 16. *ff. de pign.* 2. Quia hæc oppigneratio ſervitutis eſſet inutilis creditori, propterea quod neque ipſi creditori deberi hujuſmodi ſervitus poteſt, cum non ſit ſervitus perſonæ: neque prædio creditoris; quoniam quæ ſervitus meo prædio debetur, non poteſt transferri in aliud prædium, niſi conſentiente domino fundi ſervientis, & tunc nova eſſet ſervitus. Immo tantum abeſt, ut poſſim ſervitutem meo prædio conſtitutam in alterius prædium transferre, ut ne quidem transferre poſſim in aliam mei ipſius prædii partem, *l. ex meo*, 24. *ff. de ſerv. præd. ruſt.* Et hæc quidem ita procedunt in ſervitute prædio conſtituta ſive formali; ea non poteſt alteri oppignerari. Cæterum, poſſum prædio meo ruſtico ſervitutem imponere jure pignoris, id eſt, paciſci, ut fundus meus creditoris mei fundo ſerviat, donec pecuniam debitam ei ſolvero, *leg. ſed. an via*, 12. *ff. de pign* qui textus uti de ruſticorum tantum prædiorum ſervitutibus loquitur, ita & de ſolis ruſticorum prædiorum ſervitutibus intelligendus eſt, non etiam de ſervitutibus urbanis, quia in his diverſa ratio eſt, nempe quod ſervitutes urbanæ non niſi uni & ei, cui ab initio conſtitutæ ſunt, utiles eſſe poſſunt: ſervitutes ruſticæ etiam tertio alicui, quod paulo poſt plenius explicabitur. Valet autem hæc conventio non ipſo jure (nam ſervitus prædii ad tempus conſtitui non poteſt, *l. 4. ff. de ſervit.*) ſed prætor eam tuetur ob utilitatem contrahentium, *d. l. 12. in fin. ff. de pignor.* quemadmodum & alias multa tuitione prætoris defenduntur, quæ ipſo jure non valent, *d. leg. 4. ff. de ſervit. l. 2. ff. comm. præd. l. ſi unus*, 27. §. 2. *ff. de pact. l. obligationum*, 44. §. 1. *ff. de obl. cum ſimilib.* Ex cauſa autem venditionis ſic ab initio quævis ſervitus tam urbana, quam ruſtica conſtitui poteſt ipſo jure, *l. pen.* §. 1. *ff. de contr. empt. leg. 3. §. 1. ff. de act. empt. leg. 6. §. 5. ff. eodem*, quibus locis abutitur Cujacius 15. *obſ.* 6. ad oſtendendum etiam for-

malem

males ſervitutes vendi poſſe ſine prædio, cum in iis tantum agatur de cauſalibus, ut Doctores noſtri loqui amant, ideſt, de conſtituendis, non de conſtitutis. Sed nec illud verum eſt, quod Cujacius pro vero ponit ſervitutes conſtitutas poſſe precario dari, per *l. 3. ff. de prec.* nam illic non agitur de ſervitute conſtituta data precario a domino prædii dominantis, ſed precario rogata a domino prædii ſervientis: & hic non tam jus aliquod reale conſtitui videtur, quam perſonale. Multo minus idem colligi poteſt ex *leg. 8. §. 5. ff. eod.* quippe quæ non de ſervitute precario rogata loquitur, ſed de ſervitute rei precario acceptæ debita.

Igitur, ut cœpimus dicere, ſervitutes formales, ideſt, jam conſtitutæ, ſive ſint ruſticæ, ſive urbanæ, pignori dari non poſſunt: quia ſine injuria domini prædii ſervientis efficere non poſſum, ut ſervitus, quæ meo prædio debetur, debeatur etiam prædio mei creditoris, *fac. arg. in l. ſervitutes*, 20. §. *ſtillicidium*, 5. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ex meo*, 24. *de ſerv. præd. ruſtic. l. non debet*, 74. *de reg. jur.* At poteſt ſervitus prædii ruſtici, puta via, iter, actus, aquæductus, pignoris cauſa ab initio conſtitui, hac lege nominatim adjecta, ut pecunia ad diem non ſoluta, liceat creditori eam alii vicino vendere, *d. l. 12. ff. de pign.* quia hic nulla fit injuria domino fundi ſervientis, qui ipſe ſibi hanc legem dixit. In ſervitutibus autem urbanis, licet eadem lege conſtituantur, idem receptum non eſt, *d. l. 11. in fin. ff. eod.* junct. *d. leg. 12.* Ratio differentiæ eſt, quia unum & idem prædium ruſticum eandem ſervitutem per eundem locum pluribus prædiis præſtare poteſt; *l. qui per*, 15. *ff. comm. præd. l. 2. §. 1. ff. de ſerv. præd. ruſt.* At unum & idem prædium urbanum uni tantum & ei, cui ſervitus ab initio conſtituta eſt. Jam vero non ſatis eſt ad hoc ut pignus ſervitutis ſit utile, creditorem habere prædium vicinum, ad cujus utilitatem pertineat ita conſtituta ſervitus: ſed etiam neceſſe eſt, ut hujuſmodi pignus poſſit diſtrahi, & reperire emptorem. Et ideo Paulus in *d. leg. 12.* in hac conventione pignoris non tantum exigit, ut creditor vicinum fundum habeat; verum etiam, ut illud in conventione adjiciatur, ut ſi pecunia ad diem conſtitutum ſoluta non fuerit, liceat creditori ſervitutem ita ſibi pignoris jure conſtitutam, alteri, vicinum item prædium habenti, vendere. Quippe ſine quo pignus eſſet inutile, *l. 4. ff. de ping. act. l. mulier. 11. C. de diſtr. pign.* At qui creditori habenti ædes vicinas, cui verbi cauſa conceſſum eſt jus tigni immittendi, aut ſtillicidii, &c. non eſt alius vicinus, cui ea ſervitus uſui eſſe poſſit. Nam quod ex ædibus ſuis tignum immittit creditor in ædes debitoris non æque alii vicino ex ſuis ædibus in eandem partem immittendi ullus eſt uſus utilitaſve: at conſequenter id certe alter vicinus nunquam empturus eſt, & alius non vicinus emerit etiam fruſtra. Fingamus Titium, cum ædes depreſſas, interjectas inter ædes Caji & Sempronii haberet, pignoris cauſa conſtituiſſe ſervitutem altius non tollendi Sempronio, poteritne hæc ſervitus etiam utilis eſſe Cajo qui eam propterea empturus ſit? Nego Cajum empturum: quia & ſine emptione idem conſecuturus eſt. Urbanæ ergo ſervitutis pignus inutile. At vero jus prædii ruſtici alii vicino diſtrahi poteſt, & is forſan magno id redempturus eſt, cum poſſit uno itinere pluribus patere aditus ad fundos ſuos. Molin. *extrinc. labyr. de div. & ind. p. 3. num.* 311. uſque *ad n.* 360. Ant. Fab. 19. *conject. 6. & 7.* Salmaſ. *de mod. uſur. p.* 547. Chriſtin. *vol. 2. dec. 277. num. 12.* add. Cujacium 15. *obſ.* 6. Duar. 2. *diſp.* 3. qui nec in totum nobiſcum ſentiunt, nec in totum a nobis diſſentiunt, nec ipſi inter ſe conveniunt.

CAPUT XXXIII.

An is, in cujus ædibus incendium ortum eſt, teneatur lege Aquilia ad reſarciendum damnum vicinis inde allatum, & an inquilinus ex locato locatori?

HÆC quæſtio ut expediatur, ſciendum eſt, incendia aliquando ad caſus fortuitos referri, interdum non referri. Quod incendium in alienis ædibus obortum occupat vicinas, quod a fulmine excitatur, aut a graſſatoribus & incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet: ac proinde hoc ab inhabitantibus præſtandum non eſt, neque actione locati, in qua culpa tantum levis. *leg. 5. §. 2. ff. commod.* neque actione legis Aquiliæ, in qua quidem etiam culpa leviſſima venit, *leg. 4. ff. ad leg. Aquil.* & omiſſio quoque ac negligentia (quanquam non ſimplex *l. 13. §. 2. ff. de uſufr.* ſed quæ admiſſa in facto præcedente aut concurrente, unde damni cauſa, *l. ſi. ſervus*, 27. §. *ſi fornicarius*, 9. *l. quemadmodum*, 29. §. 4. *& leg. ſeq. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* §. *præterea*, 6. *Inſt. eod.* & ibid. Diod. Tuld. *cap. 7.*) caſus autem fortuiti non veniunt, §. 3. *Inſt. d. tit.* quippe qui nec ullo in judicio & a nemine præſtantur, *leg. ſi ex legati 23. ff. de verb. obl. l. 6. Cod de pign. act. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* & ita cape locos in *l. ſi quis*, 9. §. 3. *l. ex conducto*, 15. §. 3. *ff. locat. d. l. 23. in fin. ff. de reg. jur.* §. 3. *Inſt. de empt. & vend. & ſimul.* Incendia autem intrinſecus orta cum culpa conjuncta eſſe ſolent, & ideo inter caſus fortuitos non numerantur, ſed exorta eſſe præſumuntur culpa inhabitantium, *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. l. 11. ff. de per. & commod.*

rei

rei vend. Quando autem culpa ſeu negligentia præcedit caſum, ſola culpa ſpectatur, non caſus, *l. qui occidit*, 30. §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. cum duobus*, 52. §. 3. *ff. pro ſoc. l.* 1. §. 4. *in fin. ff. de oblig. & act.* quamvis quod negligentia ſit, etiam caſu fieri interdum dicatur, & caſus ponatur pro negligentia, *leg.* 9. *ff. de incend. ruin. nauf. l.* 5. §. *ult. l.* 11. §. 2. *ff. de pœn.* quod notandum eſt.

Igitur cum incendia in ædibus alicujus oborta præſumantur culpa & negligentia inhabitantium excitata eſſe, hinc efficitur, ut niſi contrarium probent, de damno inde illato lege Aquilia teneantur. Hæc enim vis eſt præſumptionis juris, ut ſecundum hanc judicetur, niſi eam labefactaverit adducta rite in contrarium probatio. Rejicitur quippe hic onus probandi in adverſarium, contra quem eſt præſumptio, ut niſi contrarium doceat, contra ipſum judicetur, *l.* 9. *l.* 12. *l. ſi chirographum*, 24. *& l. ſeq. ff. de probat. l.* 16. *C. eod. Cod. requiſiviſti*, 15. *extr. de teſtam.* Itaque ego hactenus adduci non potui, ut verum eſſe credam, quod D. Andreas Gail. *l.* 2. *obſ.* 21. *num.* 4. & ibi allegati pro vero ponunt, neceſſe eſſe ad hoc, ut inhabitantes de incendio teneantur, probari culpam certi & determinati hominis: alioqui neminem damnari poſſe propter rei incertitudinem. Nam cum hæc præſumptio ſit adverſus omnes & ſingulos inhabitantes, ſi hujus præſumptionis vim ullam eſſe volumus, utique niſi de omnium quoque & ſingulorum innocentia doceatur, ſcilicet ignem innoxium ab iis habitum fuiſſe, aut extrinſecus immiſſum, ſententia certa ferri, & aut paterfam. nomine damni dati condemnari poterit, niſi ſpeciatim de ſua diligentia doceat, *l.* 11. *ff. de per. & comm. rei vend.* aut ſi plures ſint inquilini, æque principales, pro indiviſo omnes, *arg. l. ita vulneratus*, 51. §. 1. *ff. ad l. Aquil.* Nec ulla lege aut ratione ſatis firma contrarium probari video. Nam quod de arguendo certi hominis facto dicitur in *l.* 6. §. *ult. ff. naut. caup. ſtabul.* id quidem verum eſt in caſu damni dati in caupona publica, ubi præter eos, qui habitandi cauſa ibi ſunt, aut quorum opera caupo utitur, ſunt etiam repentini hoſpites & viatores, quorum culpa non præſtat, etiamſi ſe innoxium eſſe non probaverit, *d. l.* 6. §. *penult.* ſicut ex contrario eorum, quorum opera cauponam exercet, factum præſtare debet, & in duplum eo nomine tenetur, *l. ult.* §. 1. *d. tit.* etiamſi ipſe extra culpam ſit, tantum ideo, quia culpæ aliquatenus reus eſt, quod opera malorum hominum præſertim tali in loco utitur, §. *ult. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del.* quippe cum etiam publica hic ſpectetur utilitas, dum ſecuritati proſpicitur iter facientium. Sed profecto neutrum horum ad caſum noſtrum pertinet, ubi paterfam. omnium ſuorum factum præſtat, extra quam ſi doceat, ſe in cuſtodiendo igne, eam adhibuiſſe diligentiam, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, per textum expreſſum in *d. l.* 11. *ff. de per. & commod. rei vend.* Quam diligentiam ſi adhibuerit, utcunque certæ perſonæ negligentia incendium ortum eſſe demonſtretur, quam circumeundo & inſpiciendo, an ignis recte haberetur, præcavere non potuit, ad ſarciendum damnum non tenetur, *d. leg.* 11. *de per. & commod. rei ven.* Nam ſi is, cujus culpa arguitur, ſervus eſt, liberatur dominus noxæ deditione; ſi liber, ipſe tenetur: quia certis tantum caſibus ſimpliciter & præciſe culpam ſuorum paterfamilias præſtat, veluti ſi negligentia ejus oſtendatur in aſciſcendo perdito aut diſſoluto, *l. ſi ſervus*, 27. §. *ſi fornicarius*, 9. *ff. ad l. Aquil.* aut ſi famuli, quorum miniſterio navem, cauponam, ſtabulum exercet, in ipſa navi, caupona, ſtabulo damnum dederint, *l. ult. pr. ff. naut. caup. ſtab.* vel eo in actu deliquerint, cui ſpecialiter præpoſiti, *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectig.* vel ex cœnaculo ejus quid dejecerint, &c. *leg. pen.* §. 2. *ff. de his qui effud.* quanquam hic, ſi ſervus id fecit, noxæ deditione dominus defungitur, *l.* 1. *l.* 5. §. 6. *tit.* Extra hujuſmodi caſus culpa familiæ dominum non onerat, ſi de ſua diligentia docere poterit *d. leg.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Ubi, ut hoc obiter moneam, quamvis D. Hotomanus *lib.* 5. *obſ. c.* 10. pro eo, quod vulgo & in ipſo quoque codice Piſano legitur, *cum incendium ſine culpa fieri non poſſit*, legendum putet dempta negatione, *ſine culpa fieri poſſit*, nihil demi neceſſe eſt. Movetur Hotomannus, ut negationem expungat, duplici ratione, 1. quia & caſu fortuito incendium accidere poteſt, 2. quia alias ſibi contradiceret Juriſconſultus, qui mox ſubjicit, poſſe incendium fieri ſine culpa patrisfam. Utraque ratio indigna tanto viro, ideſt, neutra alicujus momenti: non prior, quia quæritur illic de incendio in ipſis ædibus exorto, non de igne cælitus immiſſo aut ab incendiariis excitato: non poſterior quia primo ibi de inhabitantibus & generaliter de omnibus in domo verſantibus agitur; deinde ſpecialiter de ſolo patrefam. Nulla autem contradictio eſt, ſed utrumque verum, ſi dicam incendia, quæ in ædibus alicujus exoriuntur, non poſſe fieri ſine culpa, & tamen poſſe fieri ſine culpa patriſf. Quod & Cujacius *l.* 7. *obſ.* 29. obſervavit.

Hinc jam dependet quoque deciſio quæſtionis, an inquilinus de incendio teneatur locatori ædium actione locati; de incendio, inquam, orto in ædibus conductis. Nam ſi venditor inſulæ ante traditionem combuſtæ nomine damni facti tenetur ex empto, niſi de diligentia ſua probaverit, *l.* 11. *ff. de per. & commod rei vend.* tenebitur utrique & ædium conductor ſive inquilinus ex locato, ſi ædes conductæ incendio

con-

conſumptæ fuerint, niſi & ipſe inculpabilem ſe eſſe demonſtraverit: quippe cum ratione culpa eadem ſit utriuſque præſtatio, *l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de reg. jur.* Atqui, ajunt plerique, etſi incendia præſumuntur fieri culpa inhabitantium, tamen iſta leviſſimæ tantum culpæ præſumptio eſt, quam conductor ex natura contractus non præſtat, *d. l. 5. §. 2. commod.* Reſpondeo, nec venditor præſtat, & tamen niſi diligentiam ſuam probet, tenetur. Sed neque Juriſconſultus in *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig.* ait incendia præſumi fieri tantum culpa leviſſima inhabitantium, ſed culpa ſimpliciter & abſolute: quoties autem verbum culpæ abſolute ponitur, in uſu juris noſtri fere non alia, quam levis culpa ſignificatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. leg. 11. ff. de neg. geſt. l. 5. §. 3. ff. de in lit. jur. l. 1. §. ſæpe, 35. ff. depoſ. l. ſocius ſocio, 72. ff. pro ſoc. l. in rebus, 17. ff. de jur. dot.* & aliis innumeris locis. Leviſſima autem culpa paſſim per oppoſitum indicatur, verbo diligentiæ, aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. 23. de reg. jur. l. cum res, 47. §. pen. de legat.* 1. & uno tantum loco verbum *leviſſima* expreſſum reperitur, nempe *l. D. ad leg. Aquil.* Quinimo juris noſtri auctores non plures in incendio videntur gradus facere, quam doli & negligentiæ, *l. 9. D. de incend. ruin. naufrag. l. capitalium, 28. §. incendiarii, 12. D. de pœn.* Denique nec Gloſſa in *§. præterea, 3. Inſt. de obl. quæ re cont.* id dicit, quod ex ea communiter Interpretes colligunt, levem culpam in caſu noſtro non præſumi: ſed leviſſimam dumtaxat, cujus nomine agi non poſſit: verum leviſſimam culpam non nocere inculpabilibus, id eſt, qui omni culpa carent. Quod ſi aliud ſenſerit Gloſſa, ſine auctoritate & ratione locuta eſt; ita Fachin. *lib. 1. contr. c.* 87. Moller. *lib. 4. ſemeſtr. c.* 31. ubi ita judicatum refert in conſilio regio Neapolitano ex Thom. Grammat. *deciſ. Neap.* 3. & receptum in ſcabinatu Lipſienſi. vide & Joan. a Sande *lib. 3. tit. 6. defin.* 9. Diſſentiunt comm. DD. Mynſing. 6. *obſ.* 88. Gail. 2. *obſ.* 21. Tulden. *comm. ad Inſt. tit. de leg. Aquil. c.* 8. Matth. *de Afflict. deciſ.* 57. Non omnes tamen, qui ab his allegantur, idem cum iis ſentiunt.

CAPUT XXXIV.

An actiones finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo 30. annorum præſcriptione tollantur? & an longi temporis præſcriptio 10. vel 20. annorum hic procedat bonæ fidei poſſeſſori?

JUDICIA finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, paſſim in jure noſtro dicuntur duplicia propterea quod par utriuſque litigatoris in his conditio eſt, nec quiſquam præcipue reus vel actor intelligitur, ſed unuſquiſque tam rei quam actoris partes ſuſtinet, *l. in tribus, 13. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. comm. div. l. inter coheredes, 44. §. qui familiæ, 4. famil. erciſc. l. judicium, 10. ff. fin. regund.* eodemque ſenſu alibi dicuntur mixta, *l. actionis, 37. §. 1. ff. de oblig. & act.* Longe vero alio ſenſu hæ actiones mixtæ dicuntur, ſive mixtam cauſam obtinere a Juſtiniano, *§. quædam actiones, 20. Inſt. de action.* nempe quod partim in rem eſſe videntur, partim in perſonam: aut utique ita in perſonam, ut tamen fine & effectu nonnihil commune habeant cum actionibus in rem. *l. 1. ff. fin. regund.* junct. *l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Judicium familiæ erciſcundæ redditur inter coheredes de dividenda hereditate: communi dividundo inter eos, inter quos res aliquæ communes ſunt extra cauſam hereditatis, *l. 1. ff. fam. erciſc. l. 1. l. 2. ff. comm. div.* Finis utriuſque judicii, 1. ut recedatur a communione, & ſuam quiſque partem pro diviſo conſequatur; in quo ſimilitudo actionis in rem: 2. ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet lucri, damni, impenſarum nomine, quæ ſunt præſtationes perſonales, *l. item Labeo, 22. §. pen. famil. erciſc. d. l. 2. §. 1. comm. div. l. quibus caſibus, 34. ff. pro ſoc.* Finium regundorum agitur inter eos, qui confines agros habent, ut fines ad ſuam normam redigantur, confinique reſtituatur, quod quis ultra iſtos fines habet *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. ff. fin. reg.* quo poſteriore aſpectu & hæc actio pro rei vindicatione eſt *l. 1. eod. tit.* Quid vero judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, docet nos Juſtinianus in *§. ſi familiæ, 4. & 2. ſeqq. Inſt. de offic. judic.*

Eſt porro hoc omnibus mixtis actionibus commune cum puris perſonalibus, ut triginta annorum præſcriptione tollantur, *leg. 7. C. de pet. hered. d. l. 3. C. de præſcr. 20. annor. l. ult. C. fin. reg. leg. 1. §. 1. C. de annal. except.* ubi Juſtinianus inter actiones perſonales, quas omnes jubet triginta annorum ſpatio finiri, nominatim etiam recenſet haſce tres familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum; quamquam hæ pure perſonales non ſunt, ſed aliquid de natura actionum in rem participant, unde iis nomen mixtarum. Procedit autem hæc 30. annorum præſcriptio, quando unus tantum ex confinibus, aut coheredibus conſortibuſve poſſidet: tunc enim alter, qui non poſſidet, poſt 30. annor. curriculum has actiones movere non poteſt, & ita capienda loca modo adducta. Quod ſi duo communes fines, communemve hereditatem, aut rem ſingularem communem poſſideant, etiamſi per 30. annos in hac communione manſerint, poteſt alter adhuc eorum, qui diutius in communione permanere non vult, ad diviſionem

Digitized by Google

ſionem provocare, atque eo nomine ſupra ſcriptis actionibus experiri. Ratio eſt, quia ne pacto quidem effici poteſt, ut nunquam liceat a communione recedere, *l. in hoc judicium*, 14. §. 2. *ff. comm. div. l. ult. C. eod. l. nulla*, 70. *ff. pro ſoc.* Quod autem nulla conventione effici poteſt, id nec ullo temporis lapſu fieri debet. Eſt & altera ratio, nempe quod nulla hoc caſu negligentia, in qua fundantur præſcriptiones, intervenire poteſt. Nam quamdiu ſtamus in communione & ſimul poſſidemus, alter alterum pro conſorte aut confini habet & recognoſcit, eaque præſcriptio currere non poteſt: ſiquidem ſingulis pro indiviſo poſſidentibus fieri nequit, ut alter alterius partem uſucapiat, aut alterum lapſu temporis ob negligentiam excludat. Affert & aliam rationem D. Bronchorſtius *cent. 2. aſſert.* 14. poſt Coſtalium in *leg. 1. ff. fam. erciſc.* quod præſcriptio actionum non ante currere incipit, quam ex quo natæ ſunt? actionem autem familiæ erciſcundæ, &c. non ante naſci, quam coheredes ad diviſionem hereditatis provocare cœperunt. Quod dicit præſcriptionem non currere niſi poſtquam actio nata eſt, verum eſt: ſed falſum & ridiculum, quod ait, tum demum naſci actionem familiæ erciſcundæ, quando coheredes a communione diſcedere volunt. Immo niſi jam ante eſſet ex communione inter eos conſtituta & quaſi ex contractu §. 3. *& 4. Inſtit. de oblig. quæ quaſ. ex contr.* fruſtra eam intentarent aut provocarent ad diviſionem. Et quæſo qualis hæc collectio eſt, diſcedere a communione volentibus datur actio familiæ erciſcundæ, *leg. 1. ff. fam. erciſc.* ergo eodem demum tempore naſcitur? Si iſta collectio bona eſt, etiam hæc bona erit, volenti repetere depoſitum, commodatum, &c. datur actio depoſiti aut actio commodati, ergo non ante actiones iſtæ naſcuntur quam volet repetere: & in univerſum dicendum erit, nullam actionem prius naſci, quam cum quis eam experiri volet: nemo enim niſi volens agit, *tit. C. ut nemo, inv. ag. vel accuſ. cog.*

Denique ne tunc quidem, quando unus tantum ex heredibus poſſidet, contra alios procederet præſcriptio, quamdiu ad diviſionem non provocarent: cujus tamen contrarium ipſe quoque Bronchorſtius aſſerit. Sed hoc obiter cautionis loco.

Duo ergo dicimus. 1. Quamdiu ſinguli confinium vel heredum aut ſociorum communiter poſſident, & alter alterum ut confinem, coheredem, conſortemve agnoſcit, nullam hic dari ſuperiorum actionum præſcriptionem, propter rationes ſupra memoratas. 2. Ubi unus tantum poſſidet, triginta annorum ſilentio eaſdem actiones excludi: inter quas etiam numeravimus actionem finium regundorum, per textus rotundos *leg. ult. C. fin. reg. leg. 1. §. 1. Cod. de annal. except.* Sed duo hic nobis objiciuntur loci. Primus eſt *leg. pen. C. fin. reg.* ubi Imperatores ajunt, ſubmotam eſſe quinque pedum præſcriptionem in judicio finium regundorum. Unde dicendum videtur, nulla præſcriptione, quantumvis longiſſimi temporis actionem de finibus regundis poſſe tolli. Verum longe aliud eſt, quod Imperatores ibi ſignificant & conſtituunt. Confirmant nimirum legem XII. tabular. & legem Maniliam, quibus legibus cautum erat, ut inter confines agros ſpatium quinque pedum relinqueretur a cultura vacuum, ut illac ire ſine alterius incommodo agri colendi cauſa, & aratrum circumducere uterque dominus poſſet. Hoc ſpatium appellatur gradus in *l. 3. ff. de term. mot.* neque id ſpatium uſucapi aut præſcriptione acquiri per legem XII. tabularum aut legem Maniliam potuit, teſte Cicerone *lib. 1. de legib.* propterea credo, quod ut res meræ cujuſdam facultatis quinque iſti pedes inter confines agros inculti relinquebantur per *leg. 2. ff. de via publ.* Hanc utramque legem Imperatores in *d. l. pen. C. fin. regund.* confirmarunt. Quod ſi vero ultra illos quoque pedes lis moveatur de finibus terræ, tunc locus eſt judicio finium regundorum, niſi ea actio triginta annorum præſcriptione ſublata ſit, nempe ſi tam diu vicinus fines limiteſque agri ſui quiete & ſine interpellatione judiciali poſſederit, de qua re bene & docte diſſerentem vide Andream Alciatum *lib. de quinque ped. præſcript.* Alter locus eſt *l. 2. §. cum Stichum, 6. verſ. ſed ſi fundus, ff. pro empt.* cui geminus in *l. qui fundum*, 7. §. 1. *ff. eod.* ubi ex contrario ſtatui videtur, actioni finium regundorum etiam longo tempore præſcribi 10. vel 20. annis. Sed facilis hic reſponſio eſt, nempe caſum ibi poni, quo is, qui emit & pro emptore, nunquam fuit confinis, ſed ſtatim fundum amplioribus finibus poſſedit: quo caſu cum non de finibus regundis lis ſit, ſed de proprietate partis fundi, procedit uſucapio ſeu longi temporis præſcriptio.

Quid vero ſi aliquis bona fide juſtoque titulo per decem vel viginti annos fines communes vel fundum communem ſolus poſſederit, an non ille ſaltem partem confinis aut conſortis, qui non poſſedit, dicendus eſt uſucepiſſe aut longi temporis poſſeſſione quæſiviſſe? Reſpondeo, ne hoc quidem dici poſſe ex iis, quæ jam dicta ſunt, ſatis intelligitur. Nam qui rem communem licet bona fide, poſſidet, ita tamen eam poſſidet, ut perſonali ſive mixta actione communi dividundo, familiæ erciſcundæ, aut finium regundorum conveniri poſſit: quas actiones non niſi triginta annorum præſcriptione tolli ſupra demonſtratum eſt. Imo nec petitioni hereditatis breviori ſpatio præſcribitur, quæ tamen in rem actio eſt, & ratum eo præſtationes perſonales, quæ non officio judicis, ſed jure actionis in eam veniunt; mixta perſonalis dicitur, *leg. 7. Cod. de petit.*

tit. hered. Non obſtat, quod longo tempore dominium quæri dicitur: quia hoc non procedit in re, quæ cum alio communis eſt, propter naturam perſonalis aut mixtæ actionis: ſiquidem bona fides poſſeſſoris ſive rei conventi efficere non poteſt, quo minus tanto tempore vivat actio, quantum ex natura ſua aut lege habet, per *d. l. 7. C. de petit. hered.*

CAPUT XXXV.

Quomodo inter fratres inſtituto familiæ erciſcundæ judicio dividenda hereditas?

INSTITUTO forte inter fratres familiæ erciſcundæ judicio quæritur, quomodo diviſio a judice expedienda ſit, utrum ita decernenda, ut major natu ex fratribus dividat, & minor eligat; an vero ſolius judicis arbitrio facienda ſit? Priorem ſententiam amplectuntur Canoniſtæ tanquam auctoritate juris Canonici nixam: poſteriorem pleríque Legiſtarum ſive interpretum juris civilis ſequuntur, ut conſentaneam legibus civilibus: quæ & nobis iiſdem legibus conſentanea eſſe ſemper viſa eſt. De poſteriore prius dicam, mox viſurus an quid ſecus jure Canonico conſtitutum ſit. Igitur poſterior illa quæ legiſtarum & noſtra ſententia eſt, hanc rationem habet, quod ubi ſemel judicis officium implorari cœpit, & cauſa in judicium deducta eſt, quicquid illud eſt, quod in judicio illo continetur cognitioni judicis permittendum & relinquendum ſit, *l. ædiles, 25. §. item ſciendum, 8. ff. de ædiles edict.* Judicium autem familiæ erciſcundæ non aliam ob cauſam inſtituitur, quam ut judex res ſingulas pro ſua animi religione ſingulis heredibus adjudicet, utique ſi res ipſæ ſine incommodo dividi non poſſint. Unde in hoc judicio dicuntur fieri adjudicationes. Quod notandum. Quod ſi ex hac adjudicatione oriatur inæqualitas, tum judex eum, cujus pars præponderat, viciſſim in certam ſummam pecuniæ condemnare debet ei, cujus pars minor eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, & tunc fieri dicuntur condemnationes, *§. 4. Inſt. de offic. jud. l. Marius, 52. §. 2. l. ſi familiæ, 55. ff. fam. erciſc.* Nulla hic diviſio, uni e coheredibus, nulla electio alteri permittitur. *Fac. l. 1. pr. l. 2. pr. ff. eod. §. quædam actiones, 20. Inſt. de actionib.* Fruſtra autem hic objicitur *leg. un. C. de his qui ſe defer. lib. 10.* quoniam quod ibi conſtituitur, jus eſt ſingulare, & invitamentum ad deferenda & fiſco nuncianda tacita fideicommiſſa. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, cum heres clam fidem ſuam accommodat, puta per domeſticam cautionem vel chirographum, ut hereditatem incapaci reſtituat, hoc dici fideicommiſſum tacitum, atque id heredi ablatum vindicari fiſco, *leg. in tacitis, 103. ff. de legat. 1. l. in fraudem, 10. ff. de his quib. ut indign. l. 3. pr. & §. 3. ff. de jur. fiſc. l. 1. Cod. de delator. lib. 10.* Quo autem magis ad hujuſmodi tacita fideicommiſſa fiſco nuncianda invitarentur, placuit delatoribus etiam præmium aliquod pro delatione dari; & quidem, qui alios deferunt, certam partem eorum, quæ denunciarunt, ferre, veluti quartam aut octavam. Qui vero ſe ipſos, ſiquidem ſit heres, a quo tacite fideicommiſſaria hereditas relicta eſt incapaci, pro præmio tertiam partem aſſis accipere: ſi is, cui ipſi tacite relicta, profiteatur ſe capere non poſſe, dimidiam ei partem in præmii vicem dari *leg. edict. 13. l. pen. ff. de jur. fiſc. d. l. un. C. de his qui ſe defer.* Putaverunt Principes ampliori præmio provocandos eſſe eos, qui ſe, quam qui alios deferunt; & quo difficilius quiſque ſe ipſum defert, eo majore quoque præmio invitandum eſſe: ac proinde plus etiam præmii tribuendum fideicommiſſario, quam heredi. Porro cum nec uxori recte tacitum fideicommiſſum relinqueretur, propterea quod & ipſa ex lege Papia decimaria incapax eſſet, *l. ult. pr. ff. de his quib. ut indign.* junct. *l. 2. C. de infirm. pœn. cælib.* (ubi demum lex illa ab Honorio tollitur) Conſtantinus in *d. l. un. C. de his qui ſe defer.* uxori ſemetipſam deferenti non tantum partem dimidiam relicti, verum etiam electionem & optionem partis, diviſione a fiſco facta loco præmii conceſſit. Quid vero hoc ad diviſionem a judice faciendam inter coheredes de dividenda communi hereditate judicio familiæ erciſcundæ contendentes, ubi tota res cognitioni & diviſioni judicis permittitur? Neque vero hic, ſive par ſive inæqualis diviſio facta ſit, ſorti res committenda erit, ut male etiam plerique Legiſtarum putant, Jaſ. poſt alios in *leg. 3. C. comm. de legat.* Fachin. *lib. 6. cont. cap. 37.* Bronc. *1. miſcell. aſſert. 52.* ſed adhuc adjudicatione & in diviſione impari adjudicatione & condemnatione res tranſigenda eſt. Nunquam enim in jure noſtro ſorte res dirimi debet, ubi negotium animi judicio explicari poteſt, *leg. ſacris, 47. ſub fin. pr. C. de Epiſc. & cler. leg. 8. ff. de pact.* ubi prætor partes ſuas interponit, quia ſciri poteſt, quid in caſu illic propoſito ſit æquius, nimirum ut mitior ſententia prævaleat. Simile exemplum eſt in *§. 1. verſ. ſi autem ipſi. Inſtit. de ſatiſd. tut.* ubi item prætor partes ſuas interponere jubetur, quoniam cauſa cognita diſcernere poteſt quis ex tutoribus adminiſtrationi magis ſit idoneus, *leg. teſtamento, 17. §. 1. & 2. cum leg. ſeq. ff. de teſt. tut.* Quod ſi res animi judicio diſcerni aut expediri nequeat, tunc ex neceſſitate devenitur ad ſortem: veluti ſi duo coheredes ad judicium provocent, uter eorum partes acto-

ris

Digitized by Google

ris ſuſtinere debeat, ſorte diſcerni ſolet, quia aliter res explicari nequit, *leg. ſed cum*, 14. *ff. de judic.* Pari ratione ſi plures legatarii, quibus optio legata, aut unius plures heredes circa electionem diſſentiant, controverſia ſorte dirimenda eſt, quia ſcilicet nullæ hic partes prætori, *l. 3. pr. C. comm. de legat.* §. *optionis*, 23. *Inſt. de legat.* Simile exemplum in *leg. generaliter*, 24. §. *quid ergo*, 17. *ff. de fideic. libert.* Atqui nihil tale occurrit in judicio familiæ erciſcundæ: quippe cum ſemper in impari adjudicatione ad æqualitatem diviſio revocari poſſit mutua ejus, cui plus adjudicatum, condemnatione. Quamobrem non obſtat *l. 5. ff. fam. erciſ.* ubi in caſu, quo omnes ex iiſdem partibus hæredes ſunt, nec inter eos convenit, apud quem cautiones hereditariæ eſſe debeant, ſortiri eos oportere reſpondetur. Nullum enim iſto caſu officium judicis intercedit, ſed totum id inter ipſos coheredes citra judicium tranſigitur, per. *l. 2. §. ult. leg. 4. pr. ff. leg. 6. C. fam. erciſc.* Eodemque fere modo reſpondendum eſt ad *leg. 2. Cod. quand. & quib. quart. pars*, *lib.* 10. nam & ibi nullum officium judicis intervenit, ſed juſſu legis extra judicium partes fiunt, & ſors definit, cujus electio eſſe debeat. Erratque adeo Jaſon cum iis, quos ſequitur in *leg. 3. Cod. comm. de legat.* contendens etiam in judicio diviſorio familiæ erciſcundæ ſorte rem expediendam eſſe *arg. d. l. 2. C. quand. & quib. quart. pars*. Plane poteſt ex conventione inter coheredes quocumque modo diviſio fieri, nempe vel per ſortem, vel, ut major dividat, minor eligat. Cæterum nihil id ad quæſtionem hanc, quæ eſt de officio judicis, apud quem familiæ erciſcundæ agitur. Atque hæc quidem ex ratione juris civilis.

Canoniſtæ autem aliter ſtatuunt, videlicet majorem natu auctoritate judicis dividere debere, minorem vero eligere. Non habent tamen Canoniſtæ ullum idoneum juris Pontificii textum, quo ſenrentiam hanc confirment. Nam in *cap. 1. de paroch. & alien. parochian.* quod unum allegant, agitur tantum de Epiſcopo ob hæreſin Donatiſtarum ante remoto, & ad eccleſiæ unitatem poſtea reverſo, quem Pontifex vult in partem admitti prioris ſui Epiſcopatus jam alteri Epiſcopo dati, & diviſionem inter eos ita fieri, ut ille dividat, qui diutius in epiſcopatu fuit: alter autem, qui breviore tempore eum tenuit, eligat. At hæc diviſio fit ſine judicibus, quia viſum fuit non eſſe ex dignitate Epiſcopos ad arbitrium mittere. Profertur quidem & exemplum Abrahami & Lothi ex *c. 13. Geneſ.* Sed nec inter Abrahamum & Lothum diviſio in judicio facta fuit, neque illi coheredes erant: verum Abrahamus per modeſtiam Lotho fratris ſui filio, qui minor ætate erat, permiſit, ut vel in dextram vel ſiniſtram diſcederet, quo vellet, & alterum latus ſibi relinqueret. Et quamvis Auguſtinus *lib. 16. c. 20. de civit. Dei*, relata hac hiſtoria ſubjicit, hinc fortaſſis effectam eſſe inter homines pacificam conſuetudinem, ut quando terrenorum aliquid partiendum eſt, major dividat, minor eligat: tamen inde non ſequitur hoc locum habuiſſe in judicio familiæ erciſcundæ: ſed hoc tantum inde colligere eſt, in pacifica bonorum diviſione, id eſt, extrajudiciali, hunc morem plerumque obſervatum. Atque eodem modo explicandum illud Senecæ *lib. 6. declam. 1. Major frater dividat, minor eligat.* Cæterum Canoniſtarum ſententiam in Camera Imperiali receptam eſſe tradunt Mynſing. 4. *obſer.* 37. & Gail. 2. *obſ.* 116. *n.* 14. Schurff. *cent.* 1. *conſ.* 71. & ſecundum eam reſpondit Æmilius Ferretus *conſil.* 1. quem laudat & ſequitur Coſtalius in *l. 1. ff. fam. erciſc.* & ſic quoque Senatum Sabaudiæ cenſuiſſe Ant. Fab. *Cod. ſuo for. decif.* 2. & Mechlinienſem Chriſtinæus *vol. 2. decif.* 180. referunt. Ac conſuetudine eandem opinionem receptam eſſe teſtatur Guido Pap. *quæſt.* 280. quanquam Ranchinus & Bertrandus nolunt credi huic Guidonis teſtimonio, quoniam aliud jure deciſum eſt: at enim ubi de conſuetudine conſtat, nemo eſt, qui dubitet, quin inveteratus uſus fori pro lege habendus ſit.

C A P U T XXXVI.

An ad res dividendas etiam actione pro ſocio agi poſſit, nimirum inter eos, quorum res communis eſt cauſa ſocietatis?

COMMUNIO rerum vel ex conventione inducitur, quæ communio proprie ſocietas dicitur, & ex contractu eſt: vel citra conventionem, veluti ſi duobus eadem res legata aut donata, *l. ut ſit*, 31. *ff. pro ſoc.* quæ communio quaſi ex contractu naſcitur, §. 3. *Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr. naſc.* quanquam & hi nonnunquam ſocii appellantur. In utraque autem communione locus eſt judicio communi dividundo, *l. 2. ff. comm. divid.* quo judicio hoc agi conſtat, tum ut ſua cuique parte adjudicata communione diſcedatur: tum ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni impenſarum nomine, *l. 3. l. 4. §. 3. ff. eod. tit.* unde eſt, quod hæc actio mixtam cauſam obtinere dicitur tam in rem, quam in perſonam, ſicut & actio familiæ erciſcundæ & finium regundorum, §. *quadam actiones*, 20. *Inſt. de action.* At actioni pro ſocio in utraque communione locus non eſt, ſed tantum in ea, quæ eſt ex contractu, in conſortio voluntario ſeu ſocietate ſic in uſu juris proprie dicta, *tit. ff. & C. pro ſoc.* quæ actio tota perſonalis eſt, non mixta, de quo inter omnes convenit. Illud autem quæſitum memini, an quemadmodum actione communi dividundo agitur cum ad rerum communium

divi-

Digitized by Google

diviſionem, ſive communes ſint cum ſocietate, ſive ſine ſocietate; tum ad perſonales illas, quas dixi, præſtationes; ita etiam inter eos, quorum res communis eſt ex cauſa ſocietatis agi poſſit actione pro ſocio tam ad res dividendas, quam ad perſonales invicem præſtationes. Et dubium quidem nullum eſt, quin actio pro ſocio pertineat ad præſtationes perſonales, quas ratio ſocietatis & natura contractus inducit, *l. 1. ff. comm. divid.* ſed illud quæritur, an duntaxat eo pertinet, an vero & ad rerum diviſionem? Communis ſententia eſt, ſocios ad rerum communium diviſionem non tantum communi dividundo judicio agere poſſe, ſed etiam judicio ſocietatis.

Firmamenta hujus ſententiæ ſunt hæc, 1. quia actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: *l. ſed actione*, 50. *ff. pro ſoc.* nemo autem dubitat, quin eo nomine veniat & res communis, 2. quia altera actio alteram tollit, *l. pro ſocio*, 38. §. 1. *pro ſoc.* unde recte colligitur tantundem in utraque prius fuiſſe, 3. quia judicio ſocietatis ab uno adverſus alios inſtituto diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita quadam renuntiatione, *l. actione*, 65. *pr. ff. eod. tit.* At hoc cum ſit, etiam rerum, & vel maxime, intendi videtur aliqua diviſio, 4. quia Juriſconſultus in *leg.* 1. *ff. comm. divid.* non ſimpliciter ait actionem pro ſocio ad perſonales invicem præſtationes pertinere, non ad communium rerum diviſionem: ſed συγκριτικῶς ſeu comparative, magis eo pertinere quam ad rerum diviſionem. Ergo utique etiam ad rerum diviſionem pertinet, licet non principaliter, ut judicium communi dividundo, ſed per conſequentiam duntaxat. Quaſi hic ſit iſtius loci ſenſus, in judicio communi dividundo venire præſtationes perſonales per conſequentiam, principaliter autem id agi eo judicio, ut res dividantur: contra autem judicium ſocietatis principaliter pertinere ad præſtationes perſonales, ad rerum diviſionem tantum per conſequentiam. Atque hiſce quatuor argumentis communem ſententiam adſtruit & ſatis probari putat Valent. Reinerus *quæſt. juriſd. dec.* 11. *theſ.* 5.

Cæterum apud me hæc tanti non ſunt, ut in iſtam me ſententiam trahere queant. Et magis eſt, ut ad rerum diviſionem actio pro ſocio omnino non pertineat, nunquam ea actione rerum communium intendatur diviſio; ſed tantum actione communi dividundo. Etenim differunt hæ duæ actiones non modo rebus, verum etiam petitione & fine judicii. In rebus hoc intereſt, quod communi dividundo actio non eſt niſi de re adhuc communi, *l. 1. in fin. ff. comm. divid.* At pro ſocio actio fere non eſt niſi de rebus, quæ communes non ſunt, ut in commune redigantur; *l. cum duobus*, 52. §. *idem Papinianus*, *l. ſi ſocietatem*, 73. *&* *l. ſeq. ff. pro ſoc.* aut ſi eſt de re communi, non id intenditur, ut ea res dividatur, ſed ut conferatur in medium; v. c. poteſt actione pro ſocio agi de re communi, quæ eſt apud unum ex ſociis, quia forte eam dolo malo amovit, aut celandi animo contrectavit, *l. rei communis*, 45. *ff. eod.* non tamen agitur, ut de re communi, quo ea dividatur, ſed ut de quavis alia re, ut in medio ponatur. Petitio quoque utriuſque judicii diſſimilis. Communi dividundo actio eo principaliter pertinet, ut res communes inter conſortes dividantur atque a communione recedatur, ſequuntur deinde & præſtationes perſonales, quibus alter alteri propter communionem rerum eſt obnoxius, *l. 3. pr. ff. comm. divid.* §. *quædam actiones*, 20. *Inſt. de action.* At actio pro ſocio tantum eſt de perſonalibus præſtationibus extra diviſionem poſitis, & ideo ad diviſionem non pertinet, *l. 1. ff. d. tit.* quod aliis verbis declarat Ulpianus in *leg. ſi actum*, 43. *ff. eod.* ubi ait, actionem pro ſocio nominum rationem habere, & adjudicationes non admittere. Nomina appellat, quæ quiſque perſonali actione aliis debet, *l. ſervum*, 44. §. *cum qui*, 5. *& ſeq. ff. de legat.* 1. *leg. qui chirographum*, 59. *eod.* 3. Itaque quod dicit actionem pro ſocio nominum rationem habere, nihil aliud eſt, quam in hanc actionem venire præſtationes perſonales earum rerum, quas ſocius ſocio debet. Quod autem dicit actionem pro ſocio non admittere adjudicationem, eo aperte ſignificat eam actionem non ſpectare rerum diviſionem. Nulla enim diviſio rerum, quæ judicio petatur, eſſe poteſt ſine adjudicatione aut partium a judice diſcretarum, quarum ſingulæ ſingulis adjudicentur, aut totius rei, quæ ubi res commode dividi non poteſt, uni adjudicari debet cum mutua ejuſdem condemnatione, §. 4. *& ſeq. Inſtit. de off. jud.* Atque hinc eſt, quod ſublata communione actio communi dividundo ſimul tollitur, *leg. 1. in fin. ff. comm. divid.* neque enim poteſt peti rei communis diviſio, ubi nulla res eſt communis: nec agi de præſtationibus perſonalibus eo judicio, quod una cum rei communione ſublatum eſt. At ſublata ſocietate nihilominus adhuc agi poteſt de iis, quæ durante ſocietate contracta, *l. omne æs*, 27. *l. nemo*, 35. *cum ſimil. ff. pro ſoc.* imo & communione ſublata judicio communi dividundo poterit nihilominus de iiſdem præſtationibus agi actione pro ſocio, niſi & de his actum communi dividundo, *l. pro. ſocio*, 38. §. 1. *ff. eodem*, Cum itaque actione pro ſocio tantum agatur de præſtationibus perſonalibus, aut ut res, quæ communes non ſunt, in commune redigantur; de rebus autem communibus tanquam communibus nunquam, ſed ad hoc ſolummodo ut in medium proferantur, non ut dividantur & quiſque ſociorum partem in his pro diviſo conſequatur, quod ſine adjudicatione, quam actio pro ſocio non admittit, obtineri nequit, ut ſu-

Digitized by Google

ut ſuperius pleniſſime probatum eſt, hinc efficitur & liquet perſpicue, actionem pro ſocio ad diviſionem rerum non pertinere.

Reſtat, ut diluamus argumenta in contrarium adducta. Ad primum contrariæ opinionis argumentum facilis reſponſio eſt, nempe non ſequitur, actio pro ſocio eſt rei perſecutoria: ergo etiam perſequitur rem communem tanquam communem, ut ea dividatur: ſed hoc ſolum, ergo ea non agitur ad pœnam, ſeu quod in eam venit, res eſt, & id, quod ex patrimonio nobis abeſt, *l. in honorariis*, 35. *ff. de obl. & act.* non pœna: ut intelligamus eam ex ante geſto non heredibus tantum, ſed etiam in heredes dari, *per vulg.* Quod ſecundo ajunt, actione communi dividundo conſumi actionem pro ſocio & retro, falſum eſt, & contrarium aperte reſponſum ab Ulpiano, *l. ſi actum*, 43. *ff. pro ſoc.* nempe ſi actum ſit communi dividundo, non tolli actionem pro ſocio, cui non obſtat locus Pauli, quem proferunt ex *l. pro ſocio*, 38. §. 1. *ff. eod.* nam ex ipſis Pauli verbis patet, eum loqui non de rerum diviſione, de qua alterutro horum judiciorum actum ſit, ſed tantum de præſtationibus perſonalibus, de quibus ait, ſi actum ſit communi dividundo, tolli actionem pro ſocio; & contra ſi actum ſit pro ſocio, de iiſdem præſtationibus agi non poſſe communi dividundo. Hinc autem minime ſequitur, facta ſola rerum diviſione in judicio communi dividundo tolli actionem pro ſocio, quæ ad diviſionem non pertinet, ſed ad perſonales invicem præſtationes dumtaxat, *d. l. ſi actum*, 43. *ff. eod.* nec ſi actum ſit pro ſocio, tolli actionem communi dividundo reſpectu præcipuæ petitionis hujus judicii, ut ſcilicet res communes dividantur, & ſingulis in his ſua pars pro diviſo adjudicetur. In tertio argumento manifeſtus error eſt παρὰ τὸ ἑπόμενον. Nulla enim conſequentia eſt, actione pro ſocio diſtrahitur ſocietas, quaſi tacita renunciatione: ergo ea actione & rerum communium intenditur diviſio: ſiquidem renuntiatio non alio directo tendit, quam ad diſſolutionem ſocietatis: qua ſoluta nihilominus res, quæ ante communes erant, communes manent, & ut dividantur, opus eſt judicio communi dividundo. In quarto & poſtremo, quod ſumitur ex verbis, *l. 1. ff. comm. divid.* & cæteris videtur ſpecioſius, virium eſt παρερμηνείας. Nam quod ibi Paulus ait, pro ſocio actionem magis ad perſonales invicem præſtationes pertinere, quam ad rerum communium diviſionem, id non συγκριτικῶς, ut vulgo ſed θετικῶς, non comparative, ſed elective ab eo dici intelligendum eſt: ut hæc ſit juriſconſulti ſententia, ſi quæratur, an actio pro ſocio pertineat ad utrumque caput, an vero ad actiones perſonales tantum? magis, id eſt potius dicendum ſit, non pertinere ad utrumque, ſed tantum ad præſtationes perſonales; qua forma loquendi nihil eſt apud noſtros uſitatius, *l. 6. §. 3. ff. ſi ſerv. vind. l. plenum*, 12. §. 2. *ff. de uſ. & habit. l. ſi vero*, 12. §. *cum quidam*, 12. *l. inter cauſas*, 26. §. *non omnia*, 6. *ff. mandat. l. 5. §. is quoque*, 3. *ff. de obl. & act. & ſimilib.* ita poſt Gloſſam Charondas & Pacius *ad d. l. 1.* Donel. *comm.* 13. *c.* 7. eademque videtur eſſe ſententia Oldendorpii *claſſ.* 4. *act.* 21. §. 6. *n.* 11. & Bachovii notantis Vveſembecium *parat. ff. pro ſoc. n.* 12. Quibus omnibus adde, quod ſi dicamus actionem pro ſocio etiam pertinere ad rerum diviſionem, atque ea quoque actione partem ſuam quemque perſequi, ad inſtar ejus, qui vindicat, quam partem ex diviſione rei conſequatur, actio pro ſocio non minus miſtam cauſam obtinebit, tam in rem, quam in perſonam, & mixta dicenda erit, quam actio communi dividundo, *arg. §. quædam*, 20. *Inſt. de action. l. 1. ff. fin. regund.* quod tamen ne contrariæ quidem ſententiæ auctores auſint affirmare.

CAPUT XXXVII.

An actio negotiorum geſtorum elective concurrat cum actione communi dividundo aut familiæ erciſcundæ.

QUÆSTIO hæc nata eſt locis in ſpeciem contrariis. Nam in *l. filiæ*, 18. §. 1. *C. fam. erciſc.* Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcribunt tanquam de re non ambigua, ſumptus in communi hereditate ab uno bona fide factos familiæ erciſcundæ judicio vel negotiorum geſtorum actione ſervari poſſe. Et in eandem ſententiam Divi Severus & Antoninus, ſolutum pro coherede actione negotiorum geſtorum vel familiæ erciſcundæ poſſe repeti *l. 3. C. de neg. geſt.* Contra in *l.* 18. *§. ult. ff. fam. erciſc.* in eadem ſpecie datur ſola familiæ erciſcundæ. Et in *l. Mevius*, 52. §. 1. *ff. fam. erciſc.* ubi ſervus liber & heres eſſe juſſus coheredibus ſuis id, quod apud eum reliquum eſt ex adminiſtratione rationum domini, non alio judicio præſtat, quam familiæ erciſcundæ. Cui loco iterum e diametro videtur obſtare *l. pen. verſ. earum autem ſummarum*, *ff. de reb. cred.* ubi Africanus negat eo nomine competere coheredibus ſervi actionem familiæ erciſcundæ: ſed ait negotiorum geſtorum dari debere. Sic in ſimili, ut videtur, caſu, Labeo actionem familiæ erciſcundæ dat, *l. fiſtulas*, 78. §. 2. *ff. de contr. empt.* quo Impp. in *l. in familiæ*, 20. *C. famil. erciſc.* actionem negotiorum geſtorum dari debere, non familiæ erciſcundæ reſpondent. Ne quis autem putet nihil aut parum intereſſe, qua actione conſors contra conſortem experiatur, negotiorumne geſtorum, an familiæ erciſcundæ, communive dividundo, is ſcire debet non eſſe eaſdem horum judiciorum præſtationes. Nam judicio communi dividundo &

familiæ erciſcundæ conſors conſorti hereſve coheredi non obligatur ad præſtandam exactiſſimam diligentiam, ut etiam nomine leviſſimæ culpæ alter alteri teneatur, quemadmodum negotiorum geſtorum judicio tenetur geſtor domino negotiorum, *§. 1. in fin. Inſt. de oblig. quæ quaſ. ex contr.* ſed levis duntaxat culpæ nomine, ut talem diligentiam præſtet, qualem in ſuis rebus, *l. heredes, 25. §. non tantum, 16. ff. famil. erciſc.* Quomodo ergo loca ſuperiora ἐναντιοφανῶς conciliabimus? Adhibita nimirum diſtinctione, ut ſi quidem heres vel ſocius in re communi negotium individuum geſſit, locus ſit actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo; ſi dividuum, actioni negotiorum geſtorum. Individuum autem negotium intelligimus, quod cohæres aut ſocius, non poteſt pro ſua tantum parte gerere. Dividuum contra quod pro ſua quiſque parte gerere poteſt. Hanc diſtinctionem & conciliationem nobis ſuppeditant *l. 6. §. 2. verſ. cæterum, ff. comm. divid. l. heredes, 25. §. ſi unus, 15. & ſeq. fam. erciſc. d. l. ſi communes, 40. ff. de neg. geſt. l. fiſtulas, 78. §. 2. ff. de contr. emp.* Igitur ubi unus e coheredibus rem communem vendidit & pretium percepit, cum eo non eſt coheredi actio familiæ erciſcundæ, ſed aut mandati, ſi mandatum præceſſit, aut negotiorum geſtorum, ſi coheres ratam habuerit venditionem, quia ſuam ſolius partem vendere potuit, *l. in familiæ, 20. Cod. fam. erciſc.* Similiter, ſi pro communibus ædibus damni infecti vicino in ſolidum cavero, negotiorum geſtorum actione, non communi dividundo judicio, quod præſtiti, petere debeo: quia potui partem meam defendere ſine parte ſocii, *d. l. ſi communes, 40. ff. de neg. geſt.* Ex contrario, ſi unus ex coheredibus noxali judicio ſervum hereditarium defenderit, & litis æſtimationem obtulerit, cum hoc expediret, aut ſi unus legatorum nomine caverit, ne in poſſeſſionem mitteretur, quia hæc pro parte expediri non poſſunt, judicio familiæ erciſcundæ eſt locus non negotiorum geſtorum *l. heredes, 25. P. ſi unus, 15. ff. fam. erciſc.* Pari ratione, ſi unus e coheredibus debitum hereditarium ſolverit, ne pignus veniret, familiæ erciſcundæ judicio experietur, quia pignoris obligatio eſt individua, *l. his conſequenter, 18. §. ult. & d. l. 25. §. idem obſervatur, 14. eod.* Eandem ob cauſam & in ſpecie *l. fiſtulas, 78. §. 2. ff. de contr. empt.* non negotiorum geſtorum, ſed familiæ erciſcundæ agitur, ut in fine §. indicat ipſe Juriſconſultus. Nulla vero pugna eſt inter *d. l. Mævius 52. §. 1. ff. fam. erciſc. & d. l. pen. §. earum autem ſummarum, ff. de reb. cred.* quarum in illa etiam nomine negotii dividui a ſervo coherede geſti datur coheredibus ejus actio familiæ erciſcundæ: in hac eodem nomine ſola negotiorum geſtorum. Nam in illa caſus proponitur, quo pecuniæ ex adminiſtratione geſta vivo domino, reliquæ erunt in hereditate mortis tempore, & proinde non alio judicio, quam familiæ erciſcundæ earum ſummarum nomine ſervus apud quem reliquæ ſunt, coheredibus tenetur. At in hac ſpecies proponitur contraria, quando ſcilicet ſervus pecunias a debitoribus Calendarii exegit demum poſt domini mortem, quo caſu cum potuerit ſuam ſolius partem exigere, & ita rem pro parte expedire, ſola negotiorum geſtorum actio adverſus eum nomine exactarum ſummarum coheredibus competit, ita recte Coſtalius & Cujacius poſt Gloſſam in *d. l. pen.* Bronch. *cent. 2. aſſert. 13.* Quod ſi ratio hujus diſtinctionis quæratur, ea non eſt uſque adeo obſcura. Nam cum coheres vel conſors negotium individuum geſſit, creditur id feciſſe, tanquam coheres aut conſors potius, quam alius quilibet, propterea quod id geſſit, ſine quo partem ſuam recte adminiſtrare non potuit: & ideo hic locus eſt actioni familiæ erciſcundæ aut communi dividundo. Quod ſi non propter partem ſuam cauſam gerendi habuit, ſed cum eam per ſe recte adminiſtrare poſſet, nihilominus totam rem communem adminiſtravit, hoc caſu partem coheredis aut ſocii ſui adminiſtraſſe intelligitur tanquam amicus & negotiorum geſtor, ratione nimirum contraria: itaque hic actio negotiorum geſtorum duntaxat competit, *l. heredes, 25. §. non tantum, 16. ff. fam. erciſc. l. 6. §. 2. ff. comm. divid.*

Poteramus jam hinc diſcedere, niſi negotium nobis faceſſerent *l. filiæ, 18. §. 1. Cod. fam. erciſc. & l. 3. C. de neg. geſt.* initio hujus capitis a nobis allegatæ: & denique *l. liberto, 31. §. ult. ff. eod. tit.* in quam, dum hæc ſcribo, forte incidi. In *d. l. filiæ, 18. §. 1.* Imperatores ſimpliciter reſcribunt, non eſſe ambiguum, quin ſumptus ab uno bona fide facti in communi hereditate ſervari poſſint vel familiæ erciſcundæ judicio vel actione negotiorum geſtorum: quibus verbis videntur ei, qui ſumptus fecit, poteſtatem concedere eligendi, qua actione experiri malit, ſine ulla diſtinctione negotii quod geſtum eſt, utrum eos ſumptus pro parte ſua tantum facere potuerit, nec ne. Reſpondemus, quod illic ab Imperatoribus omiſſum eſt, ſumendum eſſe ex aliis locis, atque utrumque intelligendum in caſu ſuo habili: nempe ut ſumptus ſervari poſſint judicio familiæ erciſcundæ in negotio individuo, veluti ſi ædes communes fulſit, &c. actionem autem negotiorum geſtorum in negotio dividuo, veluti ſi æs alienum hæreditarium ſolvit, aut ædium communium nomine damni infecti cavit, *l. 3. C. de neg. geſt. l. ſi communes, 40. ff. de neg. geſt.* Evertere autem totam hanc diſtinctionem videtur locus in *d. l. 3. C. de neg. geſt.* in cujus loci caſu ſecundo datur coheredi, qui pignus liberavit, vel

fami-

Digitized by Google

familiæ erciſcundæ actio, vel negotiorum geſtorum. Atqui pignus pro parte liberari non poteſt, *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. her. cred.* ac proinde, ſi vera eſt diſtinctio ſupra poſita, dicendum erat hoc caſu non actionem negotiorum geſtorum, ſed ſolam familiæ erciſcundæ, competere, ſicut ab Ulpiano in tali ſpecie reſponſum eſt, *l. his conſequenter, 18. §. ult. l. heredes, 25. §. idem obſervatur, 14. ff. fam. erciſc.* Cæterum non eſt quod hac objectione moveamur. Duplex in *d. l. 3. Cod. de neg. geſt.* proponitur caſus: unus, ubi totam pecuniæ ſummam coheres ſolvit, pro qua nullum pignus datum erat; quo caſu ſola datur actio negotiorum geſtorum: quia negotium dividuum eſt, ubi pecunia ſine pignore debetur, *l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* Alter, qui mox ſequitur, eſt, cum pro communi debito hereditario pignus datum eſt. Quia autem pignoris obligatio eſt individua, non poteſt unus e coheredibus ne quidem ex parte illud liberare pro ſua tantum parte ſolvendo *l. 1. l. 2. C. ſi un. ex plur. hered. cred.* Porro in hoc poſteriore caſu diſtinguendum eſt, utrum hereditas jam ante diviſa ſit judicio familiæ erciſcundæ, & nihil commune remanſerit, nec ne. Priore caſu ex neceſſitate datur actio negotiorum; quoniam neque familiæ erciſcundæ judicium iterum intentari poteſt, *l. ſi filia, 20. §. familiæ, 4. ff. famil. erciſc.* neque locus eſſe poteſt judicio communi dividundo, ubi nihil remanſit indiviſum, *l. 1. ff. comm. divid.* Poſteriore caſu ubi hereditas nondum diviſa eſt, ſola competit actio familiæ erciſcundæ: quam diſtinctionem locus ipſe ſuggerit. Nam prior caſus eſt in verſ. *ſive pignoris liberandi*, uſque ad illum *vel judicio*, argumento a contrario verborum ſequentium ſenſu. Poſterior continetur his verbis, *vel judicio familiæ erciſcundæ, ſi non eſt inter vos redditum*. Locus ultimus, qui huic noſtræ & communi diſtinctioni objicitur, eſt *l. liberto, 31. §. ult. ff. de neg. geſt.* ubi ei, qui in defenſione communis aquæ, id eſt, ſervitutis aquæ ſive ducendæ ſive hauriendæ, ſumptus fecit, non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum actio datur: cum tamen ſervitutes prædiorum ſint individuæ, l. 72. *ff. de verb. oblig.* & ideo ſecundum diſtinctionem ſupra poſitam non negotiorum geſtorum, ſed communi dividundo actio dari deberet. Ant. Faber ad hunc locum in *rational.* reſpondet potuiſſe ſocium partem ſuam communis aquæ ita defendere, ut tamen ſocii ſui partem defendere non cogeretur: etſi enim ſervitus per partes acquiri non poteſt, tamen per partes poſſe retineri, *l. 8. §. 1. ff. de ſerv. l. ſi quis, 30. §. 1. ff. de ſerv. præd. urb.* Ego dicerem nullam per ſe juris prædii communionem eſſe, & ideo hic non communi dividundo, ſed negotiorum geſtorum agendum per textum expreſſum in *l. arbor, 19. §. 2. ff. comm. div.* Communem autem aquam in *d. l. liberto, 31. §. ult. de neg. geſt.* appellari, quæ prædio communi debebatur.

CAPUT XXXVIII.

An in judicio familiæ erciſcundæ abſolutio & condemnatio facienda in perſonis omnium?

SI in libello plures res ſeu plura capita comprehenſa ſint, vix dubium eſt, quin ſententia ſuper aliquo aut aliquibus eorum lata valeat, niſi capita connexa ſint, ita ut ſeparari nequeant, *l. etiam, 29. §. 1. ff. de minor.* ubi Gloſſ. Bart. & alii, *l. pen. C. de tranſact.* quot enim ſpecies ſunt ſeu litis capita, tot ſunt ſententiæ, id eſt, tot ſententiæ ſeparatim ferri poſſunt, *l. quod tamen, 21. ff. de recept. arbit. arg. l. ſcire debemus, 29. ff. de verb. obl.* & ibi Alex. *l. pen. C. de ſent. & interloc.* Vant. *de null. ſent. ex def. proceſſ. num. 100.* Sed & ſi unum duntaxat caput libellus contineat, idem adhuc dicendum eſt, ſi plures ſint in lite, & eorum quidam poſt litem conteſtatam reipub. cauſa abeſſe cœperint, neque defendantur; nempe ſententiam ferri poſſe ratione præſentium, & abſentium reſpectu judicium diſcindi, *l. non idcirco, 44. ff. de judic.* & ibi Gloſſ. DD. niſi forte cauſa individua ſit, *l. 4. ff. ſi ex nox. c. ag.* Vant. *d. loc.* Quin & ſi generali judicio diviſorio actum ſit, puta familiæ erciſcundæ, & quædam ex rebus hæreditariis indiviſæ relictæ, valet nihilominus ſententia, & de rebus indiviſis communi dividundo agi poteſt, *l. ſi filia, 20. §. familiæ, 4. ff. fam. erciſc.* At ſi unum duntaxat ſit litis caput & unus adverſarius, aut etiam plures, qui defendantur, tunc judicium ſcindi non poteſt, ut de re in judicium deducta partim judicetur, partim non judicetur, ſed totam cauſam ſententia dirimi oportet, *l. 19. §. 1. ff. de rec. arbitr.* v. c. ſi petitis 100. & probatis 50. reus in 50. condemnatus ſit, non valebit ſententia, niſi de reliquis 50. abſolutus fuerit. In appellationis autem judicio ſententia prior partim confirmari, partim infirmari poteſt, *l. quædam mulier, 41. ff. fam. erciſc. l. ult. ff. de jur. patron.* Bartol. *in l. 1. C. ſi adv. rem. judic.* Ex quo porro illud ſequitur, eandem ſententiam partim juſtam eſſe poſſe, partim injuſtam, partim valere, partim non valere, ut in ſpecie *d. l. quædam mulier*, Diviſio, quam fecit judex familiæ erciſcundæ, pro parte valet, pro parte non valet. Sed huic loco obſtare videtur, quod Paulus reſpondet in *l. in hoc judicio, 27. ff. eod. tit.* in judicio familiæ erciſcundæ condemnationes & abſolutiones in omnium perſonis faciendas eſſe, & ideo ſi in alicujus perſona omiſſa ſit damnatio, in cæterorum quoque perſona, quod fecit judex, non valere: adjecta hac ratione,

 quia

Digitized by Google

quia non poteſt ex uno judicio res judicata ex parte valere, in partem non valere. Quibus verbis hoc ſignificat, judicem non poſſe de re, quæ tota in judicium deducta eſt, pro parte judicare, pro parte judicationem omittere. Et hoc vel maxime pugnare videtur cum eo, quod ante diximus, ubi plura ſunt petitionis capita, ſententiam ſuper uno eorum latam valere, & familiæ erciſcundæ judicio poſſe aliquid indiviſum a judice relinqui, cujus diviſio poſtea petatur judicio communi dividundo. Cæterum nullam hic eſſe pugnam, loco illo Pauli expoſito, nempe *d. l. in hoc judicio*, 27. *ff. fam. erciſc.* patebit. Ait Juriſconſultus, *In hoc judicio condemnationes & abſolutiones in omnium perſona faciendæ ſunt*, quod notandum eſt. Ex eo enim intelligimus loqui Juriſconſultum de præſtationibus hujus judicii perſonalibus, quæ damni, lucri, impenſarum nomine inducuntur, non de rebus, earumve diviſione. Ex utriſque conſtat judicium familiæ erciſcundæ, *l. item Labeo*, 22. §. 4. *fam. erciſc.* junct. *l.* 3. *ff. comm. divid.* Si de rebus locutus eſſet, ita ſcripſiſſet, *In hoc judicio adjudicationes & condemnationes*, *&c.* ut in *l. cum putarem*, 36. *ff. eod. l.* 2. §. 1. *ff. fin. reg.* Nam adjudicationes præcedunt, condemnationes ſequuntur, §. 4. *Inſt. de offic. jud.* at condemnationum & abſolutionum nullus eſt inter ſe ordo. Omiſſa igitur adjudicationum mentio ſatis indicat non de rebus, quarum adjudicatio eſt, ſed de perſonalibus invicem præſtationibus tantum Juriſconſultum loquutum eſſe, quanquam & in rerum adjudicatione hoc obſervandum, ut de re, quæ tota in judicium deducta eſt, plena ſententia feratur. Poteſt quidem aliquid in rerum diviſione & adjudicatione indiviſum manere in judicio familiæ erciſcundæ: quia res plures in hoc judicium appellatione familiæ deducuntur: quod ſic omiſſum eſt, poteſt dividi poſtea judicio communi dividundo, *l. ſi filia*, 20. §. 4. *ff. fam. erciſc.* ſed de qua re ſententia fertur, de ea tota ferenda eſt, non pro parte. Et ſic quoque de præſtationibus perſonalibus quæ ſpecialiter in judicium deducuntur, judex non recte pronuntiat, niſi plene pronuntiet, facta ſcilicet, vel condemnatione vel abſolutione in omnium perſonis, a quibus petuntur. Quippe unum judicium non poteſt ſcindi in partes, ita ut de ea re, quæ in judicium venit, partim judicetur, partim non judicetur. Non poteſt, inquam, res in judicium deducta judicari pro parte, nec res judicata valere in partem tantum, de qua pronunciatum eſt: in partem autem omiſſam non valere: ſed cauſam, quæ tota in judicium deducta eſt, & totam ſententia judicis dirimi oportet. Denique plena debet eſſe ſententia judicis, *l. qualem*, 19. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* ſemiplena ne pro parte quidem valet. Declaremus rem exemplo. Quatuor ſunt coheredes, qui inter ſe agunt judicio familiæ erciſcundæ, Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus, qui impenſas in communi hereditate fecerat: Secundus & Tertius eo nomine pro ſuis partibus impenſas ſarcire damnati ſunt; Quarti damnatio omiſſa. Non valebit hæc ſententia, quia plena non eſt. Plena vero eſt, etſi non de omnibus præſtationibus perſonalibus, quæ in judicium deductæ ſunt, quaſque a ſe invicem cohæredes petierunt, judicatum ſit, dummodo in omnium perſona unius ex iis nomine condemnatio vel abſolutio facta ſit: quia & de capite uno litis ſententia lata plena ſententia eſt, *l. pen. Cod. de ſent. & interloc.* quæ Græca Juſtiniani conſtitutio a Cujacio reſtituta eſt, *lib.* 12. *c.* 2. *obſ.* & eſt communis ſententia. Jam, credo, apparet, nullam quoque eſſe diſcordiam inter *d. l. quædam mulier*, 41. *ff. fam. erciſc. & d. l.* 27. *ff. eod.* Nam in ſpecie *d. l. quædam mulier*, judex non ſemiplenam, ſed plenam ſententiam protulit, de omnibus ſcilicet, quæ in judicium deducta erant, pronuntians nulla parte omiſſa; itaque non peccavit in regulam *d. l.* 27. quamvis de una parte bene, de altera male judicaſſe dicatur. Nimirum aliud eſt de diverſis partibus de altera bene, de altera male judicare: aliud de re tota in judicium deducta non integre, ſed pro parte tantum & ſemiplene judicare, quod *d. l.* 27. & *l. ult. ff. de jur. patron.* Nec hoc latuit D. Auguſtinum, qui breviculo cum Donatiſtis *col.* 3. *Legibus*, inquit, *judex prohibetur ſemiplenam proferre ſententiam*, Cujacio *lib.* 23. *obſ.* 1. Dices fortaſſe, cur igitur appellatur a ſententia in ſpecie *d. l. ult.* lata? Reſpondeo, quia judex etiam libertos diviſerat, qui nullo jure dividi poterant, cum non ſint in patrimonio defuncti, nec in rebus hereditariis. Itaque valet quidem hæc ſententia, at per appellationem potuit reſcindi pro ea parte, quatenus male judicatum. Nullum enim dubium eſt, quin judex appellationis poſſit ſententiam ab inferiore judice prolatam pro parte confirmare, & pro parte reſcindere. Alii aliter reſpondent, ſed meo judicio, minus bene: quod nunc non tango.

CAPUT XXXIX.

Ad quodnam tempus referenda ſit rei debitæ æſtimatio, ſi ea creverit aut decreverit?

QUÆSTIO hæc valde perplexa eſt, nulluſque eſt hodie vel judex, vel patronus, vel juriſconſultus, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æſtimationem, quæritur, ad quod tem-

tempus æſtimatio referri debeat, ut ait Cujacius, *tract. ad African.* 8. *in l. hominem*, 37. *ff. mandat. in fin.* Natura & obligatione mutui continetur, ut res ejuſdem generis & æque bona creditori repoſcenti reddatur, *l. 2. pr. l. 3. ff. de reb. cred.* Dum autem res reddatur ejuſdem generis eademque bonitate, liberatur debitor, quantacunque ſit præſens æſtimatio, quippe æſtimatio extra rem eſt, & magis proficiſcitur ex rerum copia aut inopia, quam ex bonitate. Quod ſi res ipſa præſtari non poteſt, aut non æque bona, ut neceſſe ſit condemnationem fieri in rei æſtimationem, hic jam locus eſt quæſtioni propoſitæ, quodnam tempus in æſtimatione ineunda ſpectandum ſit. Atque hoc non in mutuo tantum, ſed etiam in ſtipulatione & contractibus bonæ fidei, emptione, venditione, commodato, depoſito, pignore, mandato, &c. quæritur. Primum dicam quid hic mihi reſpondendum videatur ex ratione juris ſcripti: deinde quid juris hodie in judiciis & foro obtinere plerique interpretes teſtentur.

Æſtimatio petitur aut jure actionis, aut officio judicis. Jure actionis, cum in obligationem deducta eſt a contrahentibus, puta cum quis eam ſtipulatus eſt, ut in ſpecie, *l. fundum*, 28. *ff. de novat.* aut cum ab initio deberi cœpit, ut in ſpecie *l. hominem*, 37. *ff. mand.* Officio judicis venit æſtimatio, cum petitur res ipſa, quæ in obligationem deducta eſt, ſed ea præſtari non poteſt, aut non poteſt tam bona. Hic enim officio judicis in locum rei ſuccedit ejus æſtimatio, *l. plerumque*, 10. *in fin. ff. de jur. dot.* junct. *l. ſi ſervum*, 91. *§. ult. de verb. oblig.* & ita cape *l. vinum*, 22. *ff. de reb. cred.* Cum petitur æſtimatio jure actionis, quæſtio hæc locum non habet, utrum creverit, an decreverit æſtimatio. Eam enim æſtimationem judex adjudicat, in quam debitor initio ſe obligavit, *d. l. fundum*, 28. *ff. de novat.* aut quæ ab initio deberi cœpit, ut in *d. l. hominem*, 37. *ff. mandat.* Atque hoc efficitur certa ratione juris, quoniam tale quidque debetur, quale in obligationem eſt deductum: eſtque hic æſtimatio ipſum principale debitum, quod ex obligatione præſtandum eſt: ideoque ſicuti homine promiſſo ipſe homo petitur, ita & promiſſa æſtimatione, non niſi ipſa æſtimatio, qualis & quanta in obligationem deducta eſt, petenda & præſtanda erit. At cum æſtimatio petitur officio judicis, tunc procedit hæc quæſtio, non in pecunia credita, cujus eſt perpetua æſtimatio, *l. 1. ff. de contr. empt.* ſed in frumento, vino, oleo, &c. mutuo datis, quæ pecunia æſtimantur, *l. ſi ita*, 42. *ff. de fidejuſſ.* item in cæteris rebus debitis ex quocunque contractu. Veteribus in hac quæſtione placuit hæc diſtinctio, ut ſiquidem convenerit, ut res certo die redderetur, in lite æſtimanda ſpectaretur dies adjectus, inſuper habito, an contractus ſit bonæ fidei, an ſtricti juris, *l. vinum*, 22. *ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. trit. l. qui autem*, 12. *§. 1. ff. ſi quis caut. jud. l. ſi calendis*, 11. *ff. de re jud. l. quoties*, 59. *ff. de verb. obl. l.* 37. *§. 1. ff. mand.* Diem autem adjectum hic ſpectari cum dicimus, intelligimus ab eo tempore, ut termino a quo, debere judicem auctæ æſtimationis rationem habere, in ſtrictis judiciis uſque ad litem conteſtatam, in bonæ fidei uſque ad condemnationem, quaſi mora contracta. Si convenerit, ut res certo loco redderetur, placet inſpici, quanti res plurimi poſt moram contractam eo loco fuit, quo dari debuit, *d. l. vinum, de reb. cred. d. l. ult. de cond. tritic.* uſque ad litem conteſtatam ut extremum in ſtrictis, uſque ad rem judicatam in bonæ fidei judiciis, per *l. 3. §. 2. ff. commod.* Non obſtat *l. cum quis*, 22. *ff. de oblig. & act.* Nam illa Juriſconſulti verba, *ejus temporis æſtimatio ſpectanda eſt, quo ſatis accepit*, ſic accipienda ſunt, ut ſignificetur id tempus, quod, ut merx ſolveretur, fidejuſſor ſe obligavit, vel cum Cujacio in *d. l. cum quis*, *tract. 3. ad African.* & in *l. quoties*, 59. *de verb. oblig.* ponendus caſus, quo fidejuſſor intervenit, cum jam dies veniſſet, quo reus ſolvere debuit, *arg. l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Quod ſi pura ſit obligatio, in bonæ fidei judiciis ſpectatur tempus litis conteſtatæ, ut terminus a quo; tempus rei judicatæ, ut extremum & terminus ad quem: niſi res perierit: quia res antea extincta non poteſt æſtimari, quanti tunc eſt, cum ſententia fertur, & ideo æſtimatur, quanti fuit tempore interitus, per *l. 3. ff. de cond. tritic.* In ſtrictis autem inſpicitur tempus litis conteſtatæ dumtaxat, id eſt, ut terminus a quo & ad quem ſimul, *d. l. 3. §. 2. ff. commod.* niſi mora facta ſit, quo caſu tempus moræ eſt terminus a quo in utroque genere judiciorum. De ſtrictis eſt in *l. hominem*, 37. *§. 1. ff. mandat.* de bonæ fidei in *l. 3. §. ult. l. ſterilis*, 21. *§. 3. ff. de act. empt.* Licet enim rito ſine mora ad judicium perveniatur, *l. 3. pr. ff. de uſur.* aliquando tamen id fieri poteſt, *l. ſciendum* 21. *& ſeqq. eod.* Itaque quantum æſtimatio crevit a tempore moræ uſque ad judicium acceptum in ſtrictis, in bonæ fidei contractibus uſque ad rem judicandam hic præſtandum erit, *l. 3. §. 2. ff. commod.* Contra ſi creditor in mora fuerit, ex eo tempore res æſtimabitur, quanti minimi, arg. a contrario. Quod ſi quis jam quærat cur in ſtrictis judiciis tempus litis conteſtatæ, in bonæ fidei tempus rei judicandæ, ut extremum ſpectetur? ratio hæc eſt, quia in ſtrictis judex adſtringitur formulæ petitionis: petitur autem res, uti nunc eſt, cum petitur, *l. 2. ff. de uſur.* & huc pertinet *d. l. 22. ff. de reb. cred.* In bonæ fidei vero judiciis non ita eſt, judex formulæ non eſt adſtrictus, & poteſt judex etiam eorum, quæ poſtea contingunt, rationem habere, ſicut & exceptiones

formulæ non inſertas poſt litis conteſtationem poteſt admittere, *l. plane*, 38. *l. ult. ff. de her. petit. l.* 3. *ff. de reſc. vend.*

Non obſtat *l.* 5. *§. ult. ff. de in lit. jurand.* ubi ſi poſt moram aut culpa debitoris res perierit ante litem conteſtatam, & judex aditus ſit, ea jurejurando in litem æſtimanda dicitur, etiam in ſtrictis judiciis. Nam liberum eſt actori recuſare jusjurandum, ſi de æſtimatione teſtibus aut inſtrumentis probare malit: utrumque enim jusjurandum in litem tam veritatis, quam affectionis actoris gratia comparatum eſt, *l. quod ſi*, 71. *ff. de rei vind.* & quærimus hic non de æſtimatione quæ fit a parte, ſed a judice. Nihil quoque in contrarium facit *l. cum fundus*, *pr.* 31. *D. de reb. cred.* quia illic nulla quæſtio eſt de æſtimatione rei petitæ, ſed de fructibus, acceſſionibus & cauſa rei. Certum autem eſt poſt judicium acceptum omnem cauſam actori præſtandam eſſe, ideſt, id omne, quod habiturus fuiſſet, ſi tempore litis conteſtatæ res petita reſtituta aut ſoluta fuiſſet, hæc enim omnia una cum re tacite in judicium deducuntur, & ad officium judicis pertinent, *d. l.* 31. *de reb. cred. l. præterea*, 20. *l. & ex diverſo*, 35. §. 1. *D. de rei vind. l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l. videamus*, 38. §. *ſi actionem*, 7. *D. de uſur. l. ædiles*, 25. §. *item ſciendum*, 8. *D. de ædil. edict.* Non adverſatur etiam *l.* 8. §. 1. *D. de cond. furt.* ubi dicitur in condictione furtiva, quæ ſtricti juris actio eſt, ſi quæratur, cujus temporis æſtimatio fiat, id tempus ſpectandum, quo res unquam plurimi fuit.

Nam quia fur ſemper, hoc eſt & ab initio rei ablatæ, & quolibet momento moram facere intelligitur, ideo in condictione furtiva res, quanti unquam plurimi fuit uſque ad litem conteſtatam, æſtimatur, *l. ult. in fin. eodem*, *tit.* Fac. *l. penult. D. de act. rer. amot.* Nec adverſatur huic reſponſioni *l.* 2. §. 3. *D. de priv. delict.* Neque enim hoc dicimus in condictione furtiva æſtimationem reſtringi ad annum retrorſus computandum ex die judicii accepti, ut fit in lege Aquilia; ſed contrario modo rem quanti plurimi fuit ex die moræ uſque ad acceptum judicium æſtimari. Magis obſtat *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* ubi in æſtimatione rei facienda condemnationis tempus ſpectari dicitur in condictione triticiaria, quæ creditur eſſe ſtricti juris. Reſpondet Pacius condictionem triticiariam non differre ab aliis actionibus ſpecie, ſed tantum qualitate adjectitia, & aliarum, quarum eſt adjectio, naturam imitari, *arg. l.* 1. *ff. eod. tit.* ſicut actio de peculio, inſtitoria, exercitoria, &c. non ſunt actiones per ſe conſtantes, ſed tantum actionum ex contractu, puta mandati, depoſiti, ex empto, ex ſtipulatu, &c. adjectiones: quarum actionum naturam & ipſæ imitantur. Quapropter caſus habilis in *d. l.* 3. ponendus eſt, nempe ſi triticiaria de æſtimatione agatur ex cauſa bonæ fidei judicii, puta ex cauſa commodati, depoſiti, pignoris, &c. non autem ſi eadem actione agatur ex cauſa mutui aut ſtipulationis. Ita Julius Pacius *cent.* 3. *quæſt.* 72. alii aliter. Ant. Faber *lib.* 16. *conject.* 4. *putat d. l.* 3. intelligendam de caſu, quo poſt condemnationem triticiaria de æſtimatione agitur, & fortaſſe rectius: ſed amplius deliberandum, vide Cujacius, *in l. quoties* 59. *ff. de verb. obl.* Don. *in l. vinum*, 22. *ff. de reb. cred.* Duar. *ad tit. C. ſi cert. pet. c.* 8. Hotom. *ill. q.* 16. Ant. Faber 16. *conject. c.* 1. *& ſeqq. & Cod. for. tit. ſi cert. pet. defin.* 7. *& ſeqq.* Perez. *in C. eodem*, *num.* 25. Bronch. *cent.* 2. *aſſert.* 19. Schiford. *lib.* 2. *tract.* 20. *&* 8. *ſeqq.*

Cæterum ex communi interpretum ſententia, cum de ineunda rei æſtimatione quæritur, nulla inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris facienda eſt differentia, niſi cum agitur de rei æſtimatione per jusjurandum in litem ab actore probanda, DD. poſt Bart. & Caſtr. *in l.* 22. *ff. de reb. cred.* ita enim accipiunt, quod ſcriptum eſt in *l.* 3. §. 2. *ff. commod.* quia ibi etiam de jurejurando agitur. Sed tam in judiciis ſtrictis, quam bonæ fidei inſpiciendum erit tempus moræ, ſi qua litis conteſtationem præceſſerit, & eo tempore res pluris fuerit, ſive mora re ipſa contracta ſit, ut puta venditore poſt acceptum pretium ceſſante in tradenda re vendita, cujus tradendæ facultatem habet, ut in ſpecie *l.* 13. §. *veniunt*, 20. *ff. l.* 5. *Cod. de act. emp.* ſive per expreſſam per lapſum diei in obligatione poſiti, ut in *d. l.* 22. *& l.* 11. *ff. de re jud.* ſive per expreſſam interpellationem factam vel in judicio vel extra judicium opportuno loco & tempore, *l. mora*, 32. *ff. de uſur.* Quod ſi tempore moræ res minoris fuerit, creſcet in ſingula momenta æſtimatio ab eo die, quo mora contracta eſt, in diem uſque condemnationis, ſi non medio tempore mora purgata, nec poſtea rurſum contracta ſit, *arg. l.* 8. § 1. *ff. de cond. furt.* cum alioqui futurum ſit, ut moroſo debitori ſua proſit fruſtratio contra *l. hominem*, 37. §. 1. *ff. mand.* Sed & poſt condemnationem creſcet æſtimatio per *l.* 3. *ff. de cond. tritic.* ſive a ſententia perperam & ſine cauſa provocatum ſit: ſive poſt quadrimeſtre, quod faciendo judicato datur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* novam moram contraxerit debitor jam condemnatus. Totius autem illius quadrimeſtris temporis induciæ, etiam cum mora præceſſit condemnationem, condemnato immunes erunt a periculo argumenti æſtimationis, ſi forte interea creverit. Interdum vero juxta eandem interpretum ſententiam ſpectandum tempus contractus, eaque debebitur æſtimatio, quæ cum præciſe fuerit, nimirum ſi ita ferant verba contractus, & æſtimatio ipſa ſit in obligatione, obligatio autem ipſa contractus tempore oriatur, ut in ſpecie *l.* 28. *ff. de novat.*

At

Digitized by Google

At ſi obligatio præſtandæ æſtimationis non ſtatim oriatur, ejus temporis habendæ ratio, quo orietur, ut evenit in caſu *l. hominem*, 37. *ff. mandat.* cum quis alterius mandato dari certum hominem fidejuſſit & ſolvit: quoniam ab eo demum die, quo ſolvit, naſcitur obligatio & jus petendæ æſtimationis, per *l.* 22. *ff. de obl. & act.* actio autem mandati datur in id tantum, quod eo nomine actori abeſt. Hanc ſententiam propter communem interpretum fere omnium conſenſum Curias omnes nunc ſequi teſtatur Ant. Fab. *C. ſuo for. ſi cert. pet. defin.* 15. nec in tam multis a ratione juris ſcripti abhorret, ut ille exiſtimat. add. Coſtal. *ad l. vinum*, 22. *ff. de reb. cred.* Sand. *lib.* 3. *titul.* 4. *defin.* 8.

C A P U T XL.

An ſi convenerit, ut pecuniam, quam mihi ex alia cauſa debes, crediti nomine retineas, mutuum fiat?

QUÆSTIO hæc tota Academica eſt, cui cauſam dedere duo loci inter ſe contrarii, non in ſpeciem & κατὰ τὸ φαινόμενον, ſed ὄντως & revera: nempe *l. ſingularia*, 15. *ff. de reb. cred. & l. qui negotia*, 34. *pr. ff. mandat.* Ita jus eſt, ut quam pecuniam tibi credidi, ea non aliter mutua fiat, quam ſi de mea tua facta ſit: in hoc enim mutuum damus ut rerum creditarum dominium in accipientem transferatur, quod fieri non poteſt, niſi & is qui credit, dominus ſit, *l.* 2. §. *in mutui*, 4. *ff. de reb. cred.* junct. *l. nemo*, 54. *ff. de reg. jur.* Atque hoc mutui adeo proprium eſſe putatur, ut etiam nomen ab eo acceperit, quod de meo tuum fiat, *d. l.* 2. §. 1. *Inſt. quib. mod. re contr. oblig. in pr.* Igitur ſi inter nos convenerit, ut tu pecuniam, quam mihi ex cauſa mandati, ſocietatis, emptionis, &c. debes, creditam tibi habeas; aut ſi, cum me mutuam pecuniam rogares, juſſerim debitorem meum tibi dare, pecunia credita non fiet, mutuum non erit: non enim mea pecunia fuit, quæ crediti nomine aut retenta eſt, ut in caſu priore; aut tertio numerata, ut in poſteriore, ſed debitorum, *l.* 1. *ff. de lib. legat. l. Quintus Mucius*, 27. §. 2. *l. ſi ſcribit*, 34. *pr. ff. de aur. arg. mund. leg.* Et hoc quidem efficit ſummi juris ratio, ſi videlicet κατὰ τὸ ἀκριβοδίκαιον res exigatur. Cæterum Ulpianus in *d. l.* 15. *ff. de reb. cred.* ait; ſingularia quædam recepta eſſe circa pecuniam creditam, id eſt, quædam benigne recepta eſſe contra ſubtilitatem juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας, ut bene Græci *in Baſil.* & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, ſi convenerit inter eos, ut tu eam tanquam a me tibi creditam, mihi deberes. Cujuſmodi duas ſpecies proponit. Prima eſt, cum te mutuum rogante, non dedi ipſe de meo, ſed cuſtivi, ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare. Hoc autem receptum eſt vitandi circuitus cauſa, & fictione quadam, quæ brevis manus dicitur in *l. licet*, 43. §. 1. *ff. de jur. dot.* quaſi ille mihi prius dediſſet, ego deinde tibi, *d. l. ſingularia*, 15. *in fin.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter ſe actionum, id eſt, dum quod agimus, acceleramus, una actio ſæpe occultatur, & quodammodo ſurripitur, *l.* 3. §. *pen. ff. de don. int. vir. & ux.* Species altera, quam ejuſdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. ſingularia*, affert, eſt, ſi convenerit, ut pecuniam, quam ex alia cauſa, & nominatim, ex cauſa mandati tu mihi debes, crediti nomine retineas: in qua & ipſa exemplo ſuperioris mutuum admittit, & facilius etiam admittendum cenſet; quia quod in duabus perſonis receptum eſt, multo magis recipi debeat in una eademque perſona: utique enim facilior fictio breviorque manus ibi eſt, ubi una tantum eſt manus, ut tu ſcilicet videaris mihi ſolviſſe, & protinus a me accepiſſe. Notandum hic obiter, priorem obligationem non tolli conventione & conſtitui novam ex cauſa mutui; hoc enim pugnaret cum certo & explorato jure, quia novatio non fit citra ſtipulationem, *l.* 1. *l.* 2. *& paſſ. ff. & Cod. de novat.* & noviſſimo jure non aliter, quam ſi hoc ipſum a contrahentibus expreſſum fuerit, ſe novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa poſteriorem contrahere, *l. ult. C. eod.* ſed primam tolli ſolutione, quamvis ſine conventione id non fiat: quia fingitur debitor pecuniam dediſſe creditori, atque eo modo ex priore cauſa liberatus eſſe, eodemque tempore pecunia a creditore ad illum profecta, quæ res mutuum conſtituat. Eſt & alia ſpecies præcedenti non diſſimilis, relata ab eodem juriſconſulto in *l. rogaſti*, 11. *pr. ff. de reb. cred.* nempe ſi tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, lancem dederim, ut venderes, & pretio utereris, tuque eam vendideris, & nummos acceperis, hoc perinde habendum eſſe, ac ſi vendidiſſem ipſe, & pecuniam inde confectam tibi numeraſſem. Prima ſpecies dubitationem non habet: nam & Africanus in *d. l. qui negotia*, 34. *pr. ff. mandat.* fatetur benigne receptum eſſe, ut hujuſmodi in caſu pecunia credita fiat. Sed idem reſponſum Africani de ſecunda & tertia ſpecie negotium faceſſit, & quidem tale, ut Pelliam mihi lavare videantur, qui rationem componendi diſſidii inter Ulpianum & Africanum quærunt.

DD. communiter circa ſpeciem ſecundam, videlicet, ſi convenerit, ut pecunia debita ex alia cauſa, verbi gratia, ex cauſa mandati, credita fiat, ita diſtinguunt, ut ſi quidem procurator

Digitized by Google

curator pecuniam habuerit ſolutioni paratam, procedat ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia*, ſi non habuerit paratam, Africani in *d. l. qui negotia*, & ita quoque Coſtalius in *d. l. ſingularia*, Coraſius 6. *miſcell.* 16. etiam hoc in reſponſo Africani expendit, quod per epiſtolam inter abſentes convenerit, quod etiam Donellus in *d. l. ſingularia*, prætexit: ſed neque illud, neque hoc poteſt impedire fictionem brevis manus. Pone Titium, qui centum mihi debet, ex cauſa mandati aut qua alia, non habere paratam ad ſolvendum pecuniam, aut eum habitare Lutetiæ, cum ego habitem in Belgio, an propterea, quod debitor pecuniam in loculis non habet, fingi non poterit ſoluta & retro tradita? aut ſi alibi habitat, & per epiſtolam a me petit, ut eam pecuniam quam ex alia cauſa debet, crediti nomine retineat; quid ni poſſit pactione hoc effici, ut credita fiat, eadem illa, quam dixi, fictione brevis manus? At regerit Coraſius nihil aliud in *d. l. qui negotia*, ab Africano proponi, niſi quod epiſtola a procuratore ad dominum negotiorum miſſa ſit: ſolius autem procuratoris voluntate a priore obligatione recedi, eamque ſolvi atque in aliam cauſam converti ſine conſenſu domini non poſſe. Sed quis non videt, quam ſtulta, ſi talem caſum ponamus, ſit quæſtio? Digna ſcilicet quæſtio, de qua Juriſconſultus adeatur & conſulatur, an debitor, qui mihi centum debet ex cauſa mandati vel alia ſe liberare, cauſamque debiti me ignorante aut non conſentiente mutare poſſit. Supponit Juriſconſultus, creditorem epiſtolæ ad ſe miſſæ conſenſiſſe ſive aperte per reſcriptionem, ſive tacite, hoc ipſo ſcilicet, quod aperte non diſſenſit, nec reſcripſit, *l. ſi filiusfam.* 16. *ff. de ſenat. Maced.* Conſtat autem, pacta recte fieri per epiſtolam, *l.* 2. *ff. de pact.* & epiſtolam, cui conſentit is, ad quem mittitur, pro pactione eſſe, *l. dotal.* 15. *ff. de fund. dot.* Jam vero Africanum in ſpecie a ſe propoſita epiſtolam pro conventione ſeu pactione accepiſſe oſtendunt hæc ejus verba; *Alioqui dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam*, &c. item illa in *fin. pr. d. l. qui negotia, tamen uſuras, de quibus convenerit, præſtare debeat*, denique & duo illa exempla, in quibus mutuum ex conventione admittit. Nemo autem unquam pactionem aut conventionem dixit pro voluntate unius, *l.* 1. §. 2. *ff. de pact. l.* 3. *ff. de pollicit.* nec ita loqui Juriſconſulto integrum fuit, non magis quam veſtem appellare ſupellectilem. Poſtremo fictioni, ut tu mihi videaris ex priore cauſa ſolviſſe, & rurſus ex cauſa mutui protinus a me accepiſſe, ſine mutua conventione locus eſſe non poteſt. Ergo pactione nuda per epiſtolam id actum inter me & te proponitur, ut pecuniam, quam mihi debes ex cauſa mandati, debeas ex cauſa crediti: & quæritur, an ea pactione cauſa mandati converſa ſit in cauſam crediti, quod negat Africanus: quamvis fateatur, uſuras ex ea pactione peti poſſe, nempe actione mandati, & periculum nummorum ad procuratorem tranſire, *d. l. qui negotia, in fin. pr.* Et igitur ſecundum Africani ſententiam in ſpecie propoſita, factio, de qua agitur, ad obligationem ſortis ex cauſa mandati convertendam in obligationem mutui inutilis eſt. Atque hoc primum probare conatur argumento ducto ab abſurdo, quod alioqui dicendum ſit, ex quolibet contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe. Reſpondet deinde duobus argumentis, quæ in contrarium afferri poſſent, quorum alterum oſtendit eſſe a diſſimili, nempe quod nummi quos mihi hic debes, ex cauſa depoſiti crediti fiunt, modo convenerit inter nos, ut crediti fiant, quia nummi, qui mei erant, tui fiunt, *l. condictio*, 9. §. *ult. ff. de reb. cred.* Alterum a ſimili quidem eſſe fatetur, nempe ſi debitorem meum juſſero tibi mutuum roganti dare pecuniam, eam creditam fieri: ſed ait, benigne in hoc caſu receptum eſſe, quo innuit id non eſſe producendum ad conſequentias, *l. quod vero*, 14. *ff. de legib.* Notandum hic in tranſitu, quod ſi in ſpecie primo ab Africano propoſita, & de qua hic quæritur, ſolius debitoris, ut vult Coraſius, voluntas interveniſſet, non alterum ſolum e duobus exemplis, quæ objiciuntur, diſſimile eſſet, ſed utrumque, & una eademque ratione utrumque rejici potuiſſet; quia ſcilicet in ſpecie controverſa unius debitoris, in exemplis objectis utriuſque conſenſus intervenerit, quod & Schilordigerus *lib.* 2. *tract.* 16. *quæſt.* 5. obſervavit. Quid vero Ulpianus in *d. l. ſingularia*? Is ex profeſſo ſe opponit Africano, & quod ille negabat, affirmat, ſcilicet etiam in ſpecie, de qua agimus, ſi convenerit, ut pecunia debita ex cauſa mandati, crediti nomine retineatur, creditam fieri, multoque magis in hac ſpecie id recipiendum eſſe, quam in illa, ubi mutuum petenti juſſi debitorem meum pecuniam dare; ducto argumento a minus probabili ad id, quo eſt magis probabile: quia, inquit, quod in duabus perſonis receptum eſt, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim eſt, ut fictio inducatur in una perſona, quam in duabus: quippe facilius nulla interpoſita alia perſona pecuniam, quam tu mihi debes ex alia cauſa, credere tibi poſſum, ut tu mihi videaris ſolviſſe, & mox a me accepiſſe, quam per perſonam interpoſitam. Illud procul dubio non negaſſet Ulpianus, ea quæ benigne recepta ſunt, non eſſe producenda ad alia, quæ minus ſunt probabilia: veluti ſi fictio illa brevis manus in una tantum perſona recepta fuiſſet: ſed cum illa recepta ſit in duabus perſonis, etiam ad id, quod eſt probabilius, ut una duntaxat perſona eſt, eam producendam recte exiſtimavit. Eadem diſſenſio

inter

Digitized by Google

inter eoſdem Juriſconſultos eſt & in tertia illa, quam ſupra poſui, ſpecie, ſi tibi mutuam pecuniam roganti, cum eam non haberem, rem aliquam vendendam dedi, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſſe ait Ulpianus in *l. rogaſti*, 11. *pr. ff. de reb. cred.* nempe ſi & pretium acceperis, *l.* 19. *ff. de præſcr. verb.* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit Juriſconſultus. Id enim actum eſſe proponitur, ut rem venderes & nummis utereris, acceptis ſcilicet, quoniam non niſi acceptis uti potes. Et quoniam in mutuo ex meo tuum fieri debet, etiam hic ex ſententia Ulpiani fingitur pecunia prius a venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum translata mutui cauſa, ut una actio hic occultetur vitandi anfractus gratia, *l.* 3. §. *pen. ff. de donat. int. vir. & ux.* Africanus autem in eadem hac ſpecie plane contrarium reſpondet in *d. l. qui negotia*, 34. *pr. verſ. his argumentum*, nempe eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam ut creditam petere non poſſe. Nam, quod quidam ajunt, in ſpecie Africani ideo mutuum non contrahi, quia non convenit, ut nummi ex venditione redacti eſſent crediti, ut in ſpecie Ulpiani; ſed ut res ipſa vendenda data ſtatim eſſet mutua, argentum ipſum, lanx aut aliud vas argenteum, id eſt, certum corpus, in quo mutuum non poteſt conſiſtere, *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* id textus ipſe ſatis refellit: quod enim vendendum datur mutuum roganti, id ipſum non poteſt dici ei mutuo dari: ſed hoc non alio fine fit, quam ut pecunia ex venditione confecta tanquam credita utatur. Quapropter omnibus bene expenſis iterum dico, eos oleum & operam perdere, qui hoc inter Ulpianum & Africanum diſſidium ſtudent componere. Et nimis puerile eſt, credere nullam in corpore juris reperiri antinomiam, quia Juſtinianus hoc dixit, aut Tribonianus Juſtiniano perſuaſit. Utrius igitur ſententia prævalebit? Quem hic ſequimur? Ulpianum ſcilicet, qui & poſterior eſt, & majorem æquitatis ac benignitatis, quam ſtricti juris rationem habendam putavit juxta *l. placuit*, 8. *C. de judic.* Cum contra Africanus nimium hac in parte religioſus & ſtricti juris retinentior fuerit. Non obſtat huic reſponſioni *l. ſi ex pretio*, 6. *C. ſi cert. pet.* quæ eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani Ulpiano poſteriorum; quoniam in illo reſcripto non convenit, ut debitor pecuniam, quam ut pretium emptionis debebat, inciperet debere Nicandro ex cauſa mutui: ſed cum revera ex cauſa emptionis deberetur, tantum ſimulate ſcriptum erat in inſtrumento, eam ex cauſa mutui deberi. Nulla igitur interceſſerat conventio, ut ex cauſa crediti deberetur: id quod evidenter demonſtrant verba ipſius reſcripti, *ſimulatis pro infelitis habitis*. Simulabatur ergo cauſa mutui, non revera agebatur, ut eſſet mutuum. Imo ex contrario ſententia Ulpiani in *d. l. ſingularia*, 15. illo Imperatorum reſcripto confirmatur, quod utique ſi abeſſet ſimulatio, demonſtrat, pecuniam debitam, ex cauſa venditionis nuda pactione in cauſam crediti poſſe converti; & de eo nulla hodie dubitatio eſt add. Cujac. *tract.* 8. *ad Africanum in d. l. qui negotia*, *ff. mandat.* Schifordiger. *lib.* 2. *tract.* 16. *quæſt.* 5.

CAPUT XLI.

An debitor exceptionem pecuniæ non numeratæ poſt biennium opponere poſſit, onus probandi in ſe ſuſcipiens?

SI quis ſcripto ſeu chirographo ſuo alteri mutuo conſenſu tradito, confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, nec intra biennium confeſſionem ſuam retractavit, is literis obligatus eſt *pr. Inſt. de lit. obl.* Hæc autem obligatio non eſt habenda pro mere civili, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul, cui etiam competit definitio obligationis tradita *pr. Inſt. de oblig.* ut ex diviſionibus ſubjectis patet. Sed illa, quæ ex confeſſione mutui accepti intra biennium competit, mere civilis eſt, & exitu inutilis, quia per exceptionem perpetuam non numeratæ pecuniæ infirmatur, *d. pr. & tot. tit. C. de except. non num. pec.* junct. *l. nihil intereſt*, 112. *ff. de reg. jur.* Nimirum mixta obligatio duorum generum eſt; una vere talis, altera præſumptive, qualis eſt obligatio judicati, confeſſi, jusjurandi: & talis quoque eſt ea, quæ dicitur literarum. Nam ſicut poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel confeſſionem in jure factam, non quæritur amplius, an debeatur, *l. poſt rem*, 56. *ff. de re jud.* ita & poſt biennium non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numerata ſit, ſed ſcriptura auctoritate juris pro veritate habetur, & confitentem obligat: *d. pr. Inſt. de lit. oblig. l. ſi intra*, 8. *C. de exc. non num. pec.* eademque fere ratione hæc obligatio defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, boni ſcilicet publici & litium expediendarum prætextu. Quid ergo ſi confeſſus intra biennium cautionem & confeſſionem ſuam non retractaverit quidem, ſed paratus ſit probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe, an non erit audiendus? Non puto. Nam ſi confeſſus poſt biennium ſcriptura obligatur, conſequens eſt cum neceſſitate rei ſolvendæ jam ita adſtringi, ut ſolutionem nullo modo evitare poſſit. Eſt enim hic certiſſimus obligationis effectus, ut qui ſecundum formam juris obligatus eſt non aliter liberetur facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori, *Inſt. de oblig. in pr.* atque hoc etiam expreſſe reſcriptum eſt in ſpecie debiti.

propo-

propoſita, *d. l. 8. C. de non num. pec.* Cæterum Doctoribus communiter poſt Accurſium & Bartolum contrarium magis placet, nempe debitorem poſt biennium adhuc audiendum, dummodo paratus ſit docere de pecunia ſibi non numerata. Ita Baro, Schneid. Bachov. *ad tit. Inſt. de lit. oblig.* Bronch. *2. aſſert.* 22. Perez. *C. d. tit. de non num. pec. num.* 14. Moventur primo, quod exceptiones natura ſua ſunt perpetuæ, & tunc etiam, cum ex ea cauſa naſcuntur, ex qua actio nata eſſet temporalis, *l. 5. §. ult. ff. de except. dol. mal.* Deinde quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli, *l. 3. C. de pec. non num.* quæ cum ſine dubio perpetua ſit *d. l. 5. §. ult.* utique etiam poſt biennium competere debeat, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Tertio, quia illicitæ exactiones admittendæ non ſunt, *l. 6. ff. de offic. præſid.* Illicita autem & iniqua exactio eſt, ſi reus probare volens ſibi pecuniam numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo, quia non poteſt lapſus biennii debitori adimere, niſi quod prius ex biennio habuit: at biennium ſolum tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. C. de non num. pec.* ergo nec lapſus biennii amplius ei adimere poteſt.

Sed procul dubio verius eſt & ſcripti juris rationi magis conſentaneum, debitorem poſt biennium non audiri, nec ſi ultro probationem offerat. Etenim poſita obligatione, id eſt, neceſſitate ſolvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione naſcitur, omnino conſequens eſt, eum debitorem audiendum non eſſe, qui chirographum quidem ſuum ſeu cauſam obligationis agnoſcit; cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, interveniſſe negat, licet ejus rei probationem offerat. Quod ſi probatio poſt biennium contra cautionem admitteretur, nec ſcriptura jam ad obligationem valeret, ſed tantum ad probationem; nec novum eſſet hoc obligationis genus, quod ex literis naſceretur, ſed ex re. Denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non eſt in cæteris, quæ non ſunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppoſitæ. Qua parte etiam major vis eſſet cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ, *l. generaliter*, 13. *Cod. de pecun. non numer.* ex quibus tamen obligationem literarum non naſci inter omnes convenit. In ſumma nulla eſſet revera literarum obligatio, nullus effectus ſcripturæ, niſi in probatione & fide facienda, ut uni intra biennium incumberet probatio, poſt id tempus alteri: & conſequenter expungenda eſſet e catalogo verarum obligationum illa literarum. Loci juris in hanc ſententiam manifeſti ſunt. In *l. adſeveratio*, 10. *Cod. de non num. pec.* ajunt Impp. querelam ſeu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propoſitam evaneſcere: quod certe non poteſt reſtringi ad probationis immunitatem. Ajunt enim querelam evaneſcere: quod utique falſum eſt, ſi poſt definitum tempus adhuc querelæ ſive exceptioni locus eſt, licet probatio offeratur de pecunia non numerata. In *l. ſi intra*, 8. *C. eod.* ſcriptum eſt eum, qui cautionem expoſuit, ſi intra biennium queſtus non eſt, omnimodo debitum ſolvere compelli: non poteſt autem compelli, qui juſtam exceptionem habet: imo ille debitor eſſe deſinit; nec vere debitum appellari poteſt, quod propter exceptionem perpetuam peti nequit, *l. Marcellus*, 66. *l. nihil intereſt*, 112. *ff. de reg. jur.* Idem probat nec minus evidenter *l. in contractibus*, 14. *pr. C. eod.* ubi verbis diſertiſſimis cavetur, ne poſt biennium ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: & ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in ſe ſuſcipit. Hoc amplius in *d. l. in contractibus*, §. 3. illud obſervari nominatim jubet Juſtinianus, ut ne liceat debitori, qui queſtus non eſt, poſt biennium creditori agenti in judicio deferre jusjurandum, cum tamen alias recuſatio jurisjurandi judicialis adverſus recuſantem, qui juſtam recuſandi cauſam non habet, pro manifeſta confeſſione & probatione habeatur, *l. manifeſtæ*, 38. *ff. de jurejur.* adeoque facilius admittenda fuerit jurisjurandi delatio, qua actor teſtis & judex in ſua cauſa conſtituitur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit, quam prolixæ & adverſus invitum ſuſceptæ probationes, *arg. l. 1. & l. 2. ff. de tit.* Unde perſpicue apparet, Juſtinianum nullas omnino probationes poſt biennium admitti voluiſſe. His inſuper accedit textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi expreſſe cavetur, ne cautio poſt ſtatutum tempus condicatur. Jam vero ſi cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ poſt ſtatutum tempus condici non poteſt, nulla ratio eſt, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Denique nec aliter Græci: ſic enim Harmenopulus *lib. 2. prompt. tit. 2. num. 4.* *ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀρίθμησις, εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἐναχθῇ, ἢ διαμαρτύρηται περὶ τούτου, ἀδύνατον ἔχει ἀπολογίαν*. id eſt, qui negat numerationem factam eſſe, niſi intra biennium conveniatur, aut de ea re conteſtetur, nullam habet defenſionem. Poſtremo, uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perperam fieri, mora ſcilicet intra biennium querela, ſeu proteſtatione facta de pecunia minime numerata, *d. l. in contractibus*, 14. §. *ult.*

Argumenta in contrarium adducta infirmiora mihi videntur, quam ut hanc ſententiam poſſint convellere. Nam quod primo producitur in genere de natura exceptionum, quod ſint perpetuæ, id ad eas exceptiones non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum

actio-

actionis proponi poſſunt. Exempli gratia, ſi filius exheredatus ſit in poſſeſſione hereditatis, & ſcriptus heres ab eo hereditatem petat, poteſt filius in modum contradictionis ſive excipiendo queri de inofficioſo, *l. 8. §. ſi filius, 13. ff. de inofficioſ. teſtam.* ſed utetur hac exceptione duntaxat intra quinquennium; ſic enim proponere eam debet, quemadmodum ageret, ſi non poſſideret, ſed peteret, ut diſerte ait Juriſconſultus dicto loco. Conſtat autem, actionem de inofficioſo quinquennio finiri, *d. l. 8. §. ult. & l. ſeq. l. 16. l. 34. in fin. Cod. eodem.* Hoc vero ex eo eſt, quia poteſt nihilominus filius ſeparatim ſine petitione hæreditatis querelam movere ad hoc ſcilicet, ut teſtamentum pronuntietur inofficioſum. Pari ratione exceptio non numeratæ pecuniæ ultra biennium non extenditur, quia & ipſa, creditore intra biennium non agente, per modum actionis induci poteſt: nam & cautionem ſuam confeſſus condicere intra id tempus poteſt condictione ſine cauſa, aut ob cauſam dati cauſa non ſecuta, *l. 7. C. de non num. pec. l. ult. Cod. de cond. ex leg.* & ultro queri ſive proteſtari de non facta numeratione, atque hoc pacto ſibi acquirere exceptionem perpetuam, *l. 8. l. 9. l. contractus, 14. §. ult. & auth. ſeq. C. de non num. pec.* Quod ſecundo loco afferunt de exceptione doli concurrente cum illa pecuniæ non numeratæ, colorem aliquem videtur habere, ſed præter colorem nihil habet. Fatemur ultro, exceptionem doli concurrere cum exceptione non numeratæ pecuniæ, id eſt, confeſſum vel hac vel illa ad defenſionem ſuam intra definitum tempus uti poſſe, *l. 3. C. eod. tit.* ſed negamus omnem exceptionem doli eſſe perpetuam.

Duplex enim eſt doli mali exceptio, una generalis, quæ cum cæteris omnibus exceptionibus concurrit, & ex omni cauſa naſcitur, ob quam id quod petitur, exceptionibus elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit, *l. 2. §. & generaliter, 5. l. 4. §. penult. l. 12. ff. de dol. mal. exc. l. ſi quis, 36. ff. de verb. oblig.* altera ſpecialis, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, videlicet ſi quid ab initio geſtum ſit dolo malo, *§. 1. Inſt. de except. l. 5. C. de inut. ſtip. l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. except.* Hæc ſpecialis doli exceptio perpetua eſt, & quidem non eo tantum ſenſu, quo exceptiones peremptoriæ & perpetuæ dicuntur ab effectu, quod ſemel oppoſitæ ſemper agentibus obſtent, *§. perpetuæ, 9. Inſt. de excep.* quo eodem ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua eſt, nam & illa intra biennium ſemel conteſtata perpetuo obſtat agenti: verum etiam reſpectu temporis intra quod opponenda, *l. 5. §. ult. ff. de dol. mal. exc.* at generalis illa doli exceptio naturam & conditionem earum ſemper ſequitur, cum quibus concurrit, tamquam acceſſio quædam, *l. 2. §. & generaliter, 5. ff. eod.* ut ecce, is qui decem debebat, pactus eſt cum creditore ne a ſe pecunia peteretur; hic ut pacti exceptio, quæ ex hac conventione debitori quæritur, lapſu temporis non interit, ita nec doli, quæ cum ea concurrit. Quod ſi pactus ſit debitor, ne intra biennium a ſe peteretur, petenti intra biennium obſtabit tam doli quam pacti exceptio: at poſt biennium neutra, *d. l. 2. §. item quæritur, 4. ff. de dol. mal. exc.* Sic qui uſuras in futurum a debitore accepit, ei intra id tempus ſortem petenti obſtat exceptio pacti conventi, *l. qui in. 57. ff. de pact.* & intra idem tempus propter hanc etiam illa doli generalis, *d. l. 2. §. & generaliter, 5.* finito autem eo tempore cum illa & hæc expirat. Simili plane ratione, ut confeſſus intra biennium conventus vel exceptione non numeratæ pecuniæ, vel doli ſe tueri poteſt propter illam: ita poſt biennium ut illa ceſſat, ita & hanc ceſſare neceſſe eſt. Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur. Neque enim iniquum eſt, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo confeſſus eſt, ſe debere, ſibi pecuniam numeratam eſſe, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris & negligentiæ ſuæ pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ literis teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur, quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſt. Ultimum argumentum eſt ἐκ τῶν ἀντιστρεφόντων, quod in eos ipſos, qui illud proferunt, retorqueri poteſt, hoc modo; Quod biennium confeſſo tribuit, id lapſus biennii ei totum adimit: atqui biennium ei tribuit non immunitatem duntaxat probationis; verum etiam & maxime exceptionem ipſam non numeratæ pecuniæ: ergo lapſus biennii utrumque adimit, quod & expreſſum in *dd. ll. 8. 9. 10. & 14. C. de non num. pec.* quanquam nec argumentum a contrario ſenſu contra textus expreſſos procedere notum eſt, *præſ. Everh. in top. leg. loc. 81. num. 4. pr.* Plane ſi debitor neget ſuam eſſe ſcripturam, aut dolo ſe inductum dicat coactumve vi, ut confiteretur, aut dicis tantum cauſa numerationem interveniſſe, cum aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere nemo eſt qui negat. vid. Joann. Fab. Vveſemb. *ad tit. Inſt. de lit. obl.* Tuiden. *ibid. cap. 3.* Duar. *ad tit. C. de non num. pecun. c. 4.* Donell. *ad l. 8. ejuſd. tit.* Fachin. *2. contr. 81.* Gudelin. *l. 3. de jur. noviſſ. c. 6.* Zanger. *p. 3. de except. c. 14. num. 55. & ſeqq.* Cæterum uſu forenſi recepta eſt communis Gloſſæ, Bartoli & aliorum ſententia, contendentium etiam poſt biennium audiendum eſſe debitorem, modo ipſe paratus ſit oſtendere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, lapſumque biennii creditori tantum prodeſſe ad translationem oneris probandi in debitorem. Gomez. *1.*

reſol.

Digitized by Google

reſol. 6. n. 7. Moz. *de contr. tit. de mut. n. 9.* Zanger. *ubi ſup. num. 66.* Ant. Fab. *C. ſuo for. de non num. pecun. defin.* 1. Chriſtin. *vol. 3. deciſ.* 37. Sande *lib. 3. tit. 2. defin.* 1. In Gallia & plerique Belgii provinciis non eſt melior conditio cautionis pecuniæ creditæ, quam cæterarum cautionum: agnoſcentique chirographum ſuum, & excipienti de pecunia non numerata, hujus exceptionis probatio tam ante, quam poſt biennium imponitur, & præterea fiduciaria pecuniæ petitæ conſignatio. Hoc obiter. vid. Chriſtin. *ubi ſup.* Gudelin. *d. c. 6. in fin.* Imbert. 1. *Inſt. for. c.* 36. Cyprian. *cenſ. Belg. ad tit. Inſt. de lit. oblig.* Groenevv. *de ll. abrog. ad tit. C. de non num. pec. & ib. citat.*

CAPUT XLII.

An jusjurandum judiciale recuſari poſſit delatum ab actore, qui nihil probavit?

NOTUM eſt, tria eſſe jurisjurandi genera litis & controverſiæ decidendæ gratia comparata, voluntarium, neceſſarium & judiciale: his enim nominibus diſtinguuntur in *rubr. ff. de jurejur. & C. ult. ext. eod.* Voluntarium eſt, quod ex conventione a parte parti defertur extra judicium, id eſt, ante cœptum judicium ſive ante litem conteſtatam, *l. jusjurandum*, 17. *pr. ff. d. tit.* Dictum autem eſt voluntarium, quia ex voluntate litigantium totum pendet, & ab initio vel ſuſcipi vel non ſuſcipi poteſt, nec is, cui delatum eſt, illud referre, nec is, qui detulit, ſi id ei ab adverſario referatur, jurare habet neceſſe, *d. l. jusjurandum*. Itaque huc non pertinet regula, *l. manifeſtæ*, 38. *ff. eod.* ex ſuſceptione autem, quod ab initio erat voluntarium, jam neceſſarium fit. Beuſter. *ad rubr. eod. num. 54. & ſeqq.* Borcholt. *tract. de jurejur. c. 7. n. 2.* Jusjurandum neceſſarium eſt, quod in judicio propter inopiam probationum, in cauſis dubiis uni ex litigatoribus a judice defertur altero invito, *l. admonendi*, 31. *ff. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred.* quod ſic appellatur. 1. reſpectu cauſæ, quæ aliter expediri nequit propter inopiam probationum. 2. reſpectu perſonæ, cui id defertur, quia id ſubire cogitur, aut pati contra ſe ſententiam ferri. 3. reſpectu ipſius judicis, eo quod vel quando non defert, vel ſine cauſa defert, litem ſuam facit. Marant. *ſpec. p. 6. act. 9. de juram. num.* 2. alias ſuppletorium dicitur, & generali appellatione jurisjurandi judicialis quoque continetur, *l. pen. pr. §. 1. & 2. C. de reb. cred.* Jusjurandum judiciale eſt, quod in judicio ſeu lite jam conteſtata defertur vel ab ipſo judice poſtulante uno ex litigatoribus, vel ab uno litigatore alteri præſente & approbante judice, *l. 1. l. jusjurandum*, 34. *§. ait prætor. 6. l. tutor.* 35. *l. manifeſtæ*, 38. *ff. de jurejur. l. delata*, 9. *l. pen. C. de reb. cred.* Hoc jusjurandum in ſpecie judiciale dicitur, eſtque generis mixti: nam ſi deferentem ſpectamus, voluntarium eſt: ſi eum, cui defertur, ex parte neceſſarium: neceſſitas in eo, quod ſaltem referre cogitur; quin & qui ſemel detulit, referente adverſario ipſe jurare debet, aut pati ſententiam pro adverſario ferri, *d. l. jusjurandum*, 34. *§. datur*, 7. *d. l. manifeſtæ*, 38. *ff. de jurejurand.* Ad hoc autem poſtremum genus ſolum quæſtio hic propoſita pertinet. Illud igitur quæritur, an actor, qui nihil probavit, & nulla præſumptione juris adjuvatur, poſſit reo deferre jusjurandum judiciale eo effectu, ut niſi reus juret, aut jusjurandum referat, ſententia judicis ſit condemnandus. Negant Gloſſ. *in l. 3. C. de reb. cred.* Bart. Bald. Salic. Abb. & alii, quos refert Maſchard. *de prob. vol. 2. concl.* 957. *n.* 7. Hart. Hartm. *obſ. pract. tit.* 13. Ant. Fab. *C. ſuo. for. tit. de reb. cred. defin.* 23. Caroc. *de juram. lit. deciſ. quæſt. 1. principali*, ubi *num.* 4. hanc opinionem ait magis eſſe communem. Argumenta, quæ aſſerendæ huic opinioni afferuntur, hæc fere ſunt. 1. Actor & reus ad imparia obligari non poſſunt. At reus actore intentionem ſuam probante condemnatur, ita ut ei non liceat actorem ad juramentum provocare, *cap. 2. ext. de probat.* Ergo ex contrario actore non probante reus abſolvendus erit, etſi non juret, etſi nihil ipſe præſtet, uti eſt in *lib. 4. Cod. de edend.* 2. Non ſunt petendæ probationes de domo aut e ſinu rei. *l. nimis grave*, 7. *Cod. de teſtib.* ſed quicunque judicio agere cum aliquo inſtituit, eum oportet propriis aliis probationibus reum convincere, *l. 9. Cod. de oblig. & act.* in quo ſi defecerit, is qui convenitur, obtinere debet, quamvis nihil ipſe præſtiterit, & conſequenter, quamvis non juret, *d. l. 4. Cod. de edend.* Non probat autem qui jusjurandum defert, ſed ille potius, qui defertur, & qui illud præſtat. 3. Si jusjurandum judiciale reo invito deferri poſſet ab actore nullas alias probationes afferente, quicunque cogitabit non poſſe ſe extra judicium jusjurandum invito deferre, cauſam dolo malo in judicium deducere poterit, atque ita pro arbitrio moleſtiam creare adverſario ei deferendo jusjurandum judiciale. 4. Pro firmamento hujus opinionis adducuntur loci aliquot ex utroque jure, nempe *c. ult. pr. & §. 1. ext. de jurejur. l. antepen. & l. penult. Cod. de reb. cred. l. eos quo*, 26. *§. ult. Cod. de uſur. l. admonendi*, 31. *ff. de jurejur.* Cæterum ego contrariam ſententiam ſequi malo, nimirum jure publico permiſſum eſſe actori, etiamſi nihil probaverit, reo deferre jusjurandum judiciale, qui id aut ſubire aut referre cogatur, recuſantem autem ſine juſta cauſa pro confeſſo & convicto habendum atque a judice con-

demnan-

Digitized by Google

demnandum eſſe, quæ & communis & recepta ſententia eſt, teſtib. Rod. Suarez *in l. 4. fori tit. de juram. num. 6. & ſeq.* ubi allegat, Caſtr. Aug. Alex. Alber. & alios. Schneid. *in §. item ſi, 11.* poſt Jaſon. *Inſt. de action. n. 21.* Gilken. *ad l. 3. C. de reb. cred. n. 7.* Fachio. *1. contr.* 19. Cujac. 22. *obſ.* 28. Duar. *in prior. comm. de jurejur. c. 6. & in poſterior. c. 3.* Donell. *ad tit. de jurejur. c. 12. n. pen. & ult.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 1. num. 2. &* ibi citati Olaſcus & Teſſaur. pluresque alii apud Moſcard. *de probat. vol. 2. concluſ. 957. num. 9.* Et ſecundum hanc ſententiam memini me ex facto conſultum bis terve reſpondiſſe: nec aliter potui, cum tot ſint in hanc rem loci clari & perſpicui, *l. 35. pr. ff. de jurejur.* ibi, *omnibus probationibus aliis deficientibus*, *l. cum de indebito, 25. §. pen. ff. de probat.* ubi ei, cui onus probationis incumbit, licentia conceditur adverſario ſuo de rei veritate jusjurandum inferre abſque ulla diſtinctione, *l. pen. pr. C. de reb. cred.* ibi, *vel in principio litis*. Ergo & quo tempore nihil dum probatum eſt, *l. ult. §. licentia, 10. C. de jur. delib.* ibi, *vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint*. Edictum quoque prætoris indiſtincte loquitur, *l. jusjurandum, 34. §. ait prætor, 6. ff. de jurejur.* ut & Impp. *in l. 9. C. de reb. cred.* Denique & generalis eſt definitio Pauli in *l. manifeſtæ, 38. ff. eod.* add. *l. ult. C. de fideicomm.* Ratio hujus ſententiæ hæc eſt, ut actor, cum omnes ei deficiunt probationes aliæ, ſaltem metu divini numinis extorqueat veritatem ab adverſario: & ſecundum hoc recte Donatus in Hecyra Terentii, *ubi*, inquit, *argumenta & teſtimonia deficiunt, jurejurando opus eſt*. Juri quoque divino hæc ſententia optime convenit *Exod. c. 22. verſ. 10. & 11.* qui locus clare oſtendit, ubi hominum deſunt teſtimonia, ad Deum teſtem poſſe provocari, præſertim quando aſſerendum eſt, quod in conſcientia latet: quo reſpiciens Apoſtolus *Epiſt. ad Hebræos c. 6. verſ. 12.* πάσης, inquit, ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος. nec ulla hic prætexi poteſt jurisjurandi recuſandi cauſa, niſi metus perjurii, eo quod recuſans ſibi conſcius ſit ſe, quod petitur, debere.

Ad primum contrariæ ſententiæ argumentum reſpondeo, eſſe illud a diſſimili; nam cum actor inſtrumentis aut teſtibus intentionem ſuam legitime probavit, & de jure ſuo plene docuit, jam cauſa eſt ſatis liquida, ut non oporteat eum onerari ſuperfluo jurejurando: at nulla facta probatione contendente actore ſibi deberi, reoque id negante res eſt dubia, atque adhuc decidenda; & quia deficit probatio ordinaria, confugiendum ad ſubſidiariam illato jurejurando. Ad ſecundum reſpondeo, tantum abeſſe, ut actor, qui probationibus deſtitutus reo jusjurandum defert, probationes de domo rei ſumat, onusve probandi ei imponat, ut etiam eum ipſum teſtem & judicem in propria cauſa faciat, *l. ult. C. de fideicom.* & qui ob id, ſi jurare recuſet, merito habendus ſit pro confitente ſe malam cauſam habere, *l. manifeſtæ, 38. ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in Cod. tit. de reb. cred. num. 4.* Ad tertium, incommodo quod hic objicitur, occurri poſſe juramento calumniæ. Notum enim eſt, eum qui jusjurandum de lite detulit, adverſario poſtulante de calumnia jurare debere, id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, aut adverſarium religione urendi animo jusjurandum deferre; ſed quia ita uti dicit, ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit, *l. jusjurandum, 34. §. 4. eod. l. ult. Cod. de fideicom. l. 9. Cod. de reb. cred.* Neque hæc jurisjurandi de calumnia ſpecies, quamvis rarior hodie ejus uſus ſit, prorſus exolevit, ut generale illud, quod in exordio litis ab utroque litigatore jure communi præſtandum eſt, de quo *text. in l. 2. in fin. pr. Cod. de jurejur. prop. cal. §. 1. Inſt. de pæn. tem. litig.* ſed ſi exigatur, adhuc præſtandum juxta *d. l. 34. §. 4.* Vveſemb. *par. ff. de jurejur. n. 9.* Damhoud. *prax. civ. c. 151.* Merul. *lib. 4. diſtinct. 4. ſect. 3. tit. 8.* Groenevv. *tract. de ll. abrog. ad tit. Inſt. de pæn. tem. litig.* Ad locos, qui in contrarium adducuntur, facilis reſponſio eſt. In *c. ult. pr. ext. de jurejur.* hoc dicitur, juramentum quod in judicio e parte parti defertur recuſari poſſe licite ac referri. Quis vero negat poſſe recuſari, dummodo ſimul referatur? Manifeſta hic committitur fallacia compoſitionis & diviſionis dum disjunguntur ea, quæ illic requiruntur conjunctim. Etiam ſine cauſa recuſari poteſt a referente; recuſari autem ſimpliciter ſine juſta cauſa non poteſt. In *§. 1. ejuſd. cap.* loquitur Gregorius de juramento purgationis & ſuppletorio ſeu neceſſario a judice inſpectis perſonarum & cauſæ & circumſtantiis deferendo, quorum neutrum huc pertinet. Sic etiam juriſconſultus in *l. admonendi, 31. ff. de jurejur.* expreſſe agit de jurejurando, quod a judice in dubiis cauſis uni e litigatoribus defertur, id eſt, ſuppletorio. In *l. eos qui, 26. §. ult. C. de uſur.* Juſtinianus de juramento purgationis deferendo ei, qui ſuſpectus erat de exercitione fœnoris. Quod autem idem Imperator ſancit in *l. ſi quis, 11. C. de reb. cred.* ne ille, qui primo jusjurandum detulit, & id poſtea antequam præſtitum eſſet, revocavit, dum exiſtimat ſe poſſe probare, quod intendit, ne unquam ille poſſit mutato iterum conſilio ad jusjurandum recurrere, id contrariæ ſententiæ aſſertores minime juvat, quin confutat potius. Tranſlatitium enim eſt, ceſſante ratione legis & ipſam ceſſare legem. At Juſtinianus hanc illius ſuæ conſtitutionis rationem dat, quia abſurdum ſit redire ad hoc, cui renuntiandum putaviſti,

& cum

& cum de alia probatione deſperaſti, tunc denuo ad religionem convolare. Ergo ſi quis ante jusjurandum non detulit, aperte ceſſat conſtitutio: neque enim revocaſſe intelligi poteſt, qui prius non detulit, nec denuo ad jusjurandum convolare, qui nunc primum defert. Ex *l. pen. §. 2. Cod. eod.* nihil aliud elici poteſt, quam quod ubi dubitatur utrum jusjurandum recte delatum ſit, nec ne, poſſit quidem de facto recuſari; ſed an jure recuſatum ſit, judex diſpicere debeat; veluti delatum ſit de re ignota, de facto alieno, cujus ignorantiam prætexat is, cui delatum eſt, &c. Quid ergo, an non manifeſte huic ſententiæ adverſatur regula in *l. 4. Cod. de edend.* quæ tam diſerte actore non probante reum obtinere vult, etſi nihil ipſe præſtat? Nullo vero modo, quia neque ad actorem jusjurandum deferentem ea regula pertinet, quoniam de actore non probante loquitur: at delatio jurisjurandi ita actori jure tributa eſt, ut adverſario nolente jurare, pro juſta probatione ei cedat: neque ad reum confitentem; at qui jusjurandum ſubire recuſat, habetur pro confitente, *l. manifeſtæ, 38. ff. de jurejur.* Plane ſi reus non utatur ſimplici inficiatione negando intentionem actoris, ſed exceptione ſe defendat, eamque probare paratus ſit, neceſſitate juramenti delati vel præſtandi abſolvendus erit. Idemque dicendum eſt, ſi dicat ſe ſolviſſe; cum utroque hoc caſu reo incumbat probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui poſſit. Et hic locum habet, quod ajunt, poſſe paratum probare perjurii evitare ſuſpicionem: at ſimplicis & puræ negationis nulla eſt per rerum naturam probatio, *l. actor. 23. Cod. de probat.* & major metus eſt perjurii, cum actor, ubi jam aliquid probavit, jusjurandum defert, quam ubi nihil: minor, ubi nulla adverſus reum præſumptio, quam ubi aliqua. Diod. Tulden. ubi ſup. *num.* 5.

CAPUT XLIII.

An jusjurandum neceſſarium ſive ſuppletorium judex deferre ex officio teneatur, & an remitti, vel referri aut recuſari poſſit?

JUSJURANDUM neceſſarium ſeu ſuppletorium appellamus, quod propter inopiam probationis in cauſis dubiis uni ex litigatoribus judice defertur altero invito, de quo loquuntur textus in *l. admonendi, 31. ff. de jurejur. l. 3. l. 12. C. de reb. cred.* & putamus neceſſarii nomen inde accepiſſe, tum quod judex illud deferre cogitur, tum quod is, cui delatum eſt, id ſubire neceſſe habeat: tum quod nec remitti a judice, nec referri ab eo, cui delatum eſt, poſſit; & denique quia ſine hoc jurejurando res expediri non poteſt ob probationum inopiam, unde & nomen ſuppletorii. Non omnes tamen hæ rationes ab omnibus admittuntur. Nam Donellus *c. 11. de jurejur. n. 8.* quem ſecutus eſt Treutlerus *diſp. de jurejur. th. 10.* negant poſſe cogi judicem, ut hoc jusjurandum deferat, *arg. d. l. admonendi, ff. de jurejur.* in verb. *Solent enim ſæpe judices, &c.* & quia ubi actor non plene probat, judex vel abſolvere reum poteſt juxta *l. 4. C. de edend.* junct. *l. 9. C. de teſtib.* vel ſaltem ipſi reo jusjurandum deferre, per *l. 3. C. de reb. cred.* & vulgatum illud, non quicquid poteſtati judicis permittitur, id continuo ſubjicitur neceſſitati juris, *l. non quidquid, 40. ff. de jud.* Cæterum contrarium verius eſſe, nempe judicem neceſſe habere hoc jusjurandum deferre evidenter arguunt verba *d. l. 3. Cod. de reb. cred. per judicem jurejurando cauſa cognita rem decidi oportet*, quibus ſane verbis neceſſitati juris hoc ſubjicitur, non libere poteſtati permittitur judicis. Et ratio manifeſta eſt, quia aliter in re dubia cauſam decidere judex non poteſt, niſi interveniente jurejurando. Unde dicitur hoc eſſe maximum remedium expediendarum litium, *l. 1. ff. de jurejur.* Pertinet ergo hoc ad officium judicis, & officii ratio hoc ei imponit. Debet enim judex de qua re ſemel cognoſcere cœpit, de eadem etiam pronuntiare, & controverſiæ finem imponere, *l. de qua re, 74. ff. de judic. l. 1. ff. de re jud.* Non obſtat verbum *ſolent*, quo utitur juriſconſultus in *d. l. admonendi*, id enim neceſſitas ſignificationem illic habet: nempe quia id ex officio & neceſſitate facere judex ſolet: & quidem, ut opinor, ex officio, ut loquuntur, mercenario, quod actioni inſtitutæ inſervit. Sic dicimus, non ſolet deterior fieri conditio eorum, qui litem conteſtati ſunt, *l. non ſolet, 86. ff. de reg. jur.* non ſolent, quæ abundant, vitiare ſcripturas, &c. *l. non ſolent, 94. eod.* nempe quia nec debent. Atque hæc etiam videtur communis & recepta opinio ut videlicet niſi deferat judex eo caſu quo oportet aut ſolet, appellationi ſit locus. Sicard. *ad rubr. C. de probat. n. 7.* Cyn. *in d. l. 3. C. de reb. cred. n. 9.* Salic. *ibid. n. 5.* Bart. *in d. l. admonendi n. 59.* Beuſier. *n. 119.* Quod vero Donellus ait, ubi actor non plene intentionem ſuam probavit, poſſe judicem reum abſolvere, vel ipſi reo jusjurandum deferre, id ei ſimpliciter concedendum non eſſe ex iis, quæ proximo capite diſputantur perſpicue apparebit. Remitti hoc jusjurandum judici non poſſe, ita ut ſecundum eum, cui remiſit, judicet, ſed ipſa jurari oportere, ſatis probat textus in *d. l. 3. C. de reb. cred.* ibi, *decidi jurejurando rem oportet*, & textus in *d. l. admonendi, 31. ff. de jurejur.* ibi, *ſecundum eum, qui juraverit.* Et ratio minime obſcura eſt, nempe quia judex non eſt dominus litis, ſed adverſarius, qui ob id ſolus delati gratiam facere poteſt eo

effectu,

effectu, ut pro præſtito habeatur, ut bene DD. vulgo. At revocare delatum quin judex poſſit non dubito, ſi forte poſtea ſuſpicio inciderit fore, ut peteret is, cui delatum eſt, aut ſi poſt delationem compererit cauſam alterius meliore jure niti: cæterum revocatum non habebitur pro præſtito. Satis quoque exploratum eſt, recuſari delatum non poſſe, niſi recuſans velit contra ſe ſententiam ferri: excepto ſi forte deferatur de re ignota, veluti ſi deferatur heredi de facto defuncti: nemo enim cogitur in facto alieno anceps perjurium ſubire, *l. 4. pr. ff. de in lit. jur. l. 34. §. 3. ff. de jurejur. l. 11. §. 2. ff. de act. rer. amot.* Atque hanc cauſam puto ſignificari in *c. ult. ext. de jurejur.* vel ſi a profano judice deferatur illicitum, iiſve verbis conceptum, in quæ vir bonus ſalva pietate & bona conſcientia jurare non poteſt, per *l. 5. §. 3. ff. de jurejur.* Sed & actori, qui intentionem ſuam inſtrumentis aut teſtibus plene probavit, delatum; aut delatum reo, ubi ab actore nihil probatum, recte recuſabitur: aut ſi poſteriore caſu deferatur actori, poterit reus appellare. Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 4. tit. 24. c. 1. n. 8. & ſeqq.* An referri poſſint, quæſitum eſt. Dubitat Accurſius in *l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* Negat Donellus *ad l. 9. C. de reb. cred. n. 18. & ſeqq. item* Borcholt. *c. 7. de jurejur. n. 9.* Mynſing. *ad rubr. ext. de probat.* Affirmant Ant. Fac. *dec. 19. err. 7.* quem ſequitur vir clariſſimus Collega quondam meus D. Petrus Cunæus in *paratit. manuſcript.* Fatentur quidem illi proprie ei, qui detulit, referri jusjurandum dici, nec judici, qui detulit referri poſſe. Sed tamen exiſtimant poſſe eum, cui judex detulit, illud rejicere in adverſarium ſuum, *arg. d. l. 12. §. 1. C. de reb. cred.* cum ibi Juſtinianus expreſſe dicat aut præſtandum eſſe juramentum, aut referendum, ſive pars parti in judicio, ſive judex parti detulerit: cui ſententiæ hoc conſequens eſt, ſi judex ob ſemiplenam probationem hoc jusjurandum deferat, licere hoc caſu parti, cui delatum eſt, in alteram partem id rejicere. Sed reſiſtit ipſa verbi *referre* ſignificatio. Refertur enim, unde illatum eſt. Quod ſi delatum non ex neceſſitate ſuſcipiendum ſit, ſed referri poſſit, cur magis hoc jusjurandum neceſſarium nuncupemus, quam judiciale, cauſam nullam video. Fatemur verba Juſtiniani in *d. l. 12. §. 1.* valde obſcuram habere ſententiam, & agnoſcimus hiulcum illud & moleſtum dicendi genus Triboniano familiare, ſed tamen, ut concedamus verba illa, *vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum, &c.* de neceſſario accipi debere; tamen quod eodem loco mox ſubjicitur de relatione, id ad jusjurandum judiciale dumtaxat pertinere omnino exiſtimamus: ſic ut ſingula ſingulis reſpondeant hoc modo, cui a judice defertur, is præciſe jurare debet, cui a parte, jurare vel referre. Argumento eſt, quod neceſſitas præſtandi relatum non indiſtincte utroque caſu utrique imponitur, ſed uno caſu tantum; & ei cui jure refertur, qui ſcilicet ipſe ante detulit: atque in hunc ſolum quadrat ratio, quæ §. 1. *d. l. 12.* *Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipſe facienda procuravit?*

CAPUT XLIV.

Quando & quibus in cauſis a judice deferri poſſit aut debeat jusjurandum neceſſarium ſeu ſuppletorium?

POTESTAS judicis in deferendo juramento ſuppletorio tribus conditionibus circumſcribitur, ut deferat in probationum inopia, in cauſis dubiis, & cauſa cognita, *l. 3. C. de reb. cred. & jurejur. l. admonendi, 31. ff. de jurejur.* Primum igitur neceſſe eſt, ut cauſa laboret inopia probationum: nam probationibus ſuppetentibus aut ſupervacuum eſt hoc jusjurandum, ſi deferatur actori: quia & ſine jurejurando ſatis probatum, ut ſecundum eum debeat judicari: aut iniquum, ſi deferatur reo, quippe quem convictum condemnari oportet juxta formam juris *l. negantes, 9. C. de obl. & act.* Deinde ut deferatur non in quavis inopia, ſed in cauſis dubiis dumtaxat. Dubias autem cauſas definio non eas, in quibus pares utrinque probationes ſunt (tunc enim reum abſolvi oportet, *c. ex litteris, §. ult. ext. de prob. c. inter dilectos, 6. ext. de fid. inſtrum. arg. l. inter pares, 38. ff. de re jud. l. Arrianus, 47. ff. de obl. & act. cum ſimilib.*) ſed eas, in quibus judex dubius eſt ob minus plenas probationes allatas, puta ſi actor unum inculpatum teſtem omnique exceptione majorem proferat, poterit ei juramentum ſuppletorium deferri: ac tales caſus plures occurrere poſſunt; ita DD. comm. *in d. l. admonendi & d. l. 3.* Vveſemb. *par. de jurejur. n. 10.* & hæc ſententia in omnibus curiis recepta, eamque hodie ſequimur. Coſtal. *in d. l. admonendi*, Merul. *l. 4. diſt. 4. ſect. 4. tit. 23. c. 1.* Ab hac tamen ſententia, quaſi juri Juſtinianeo minus conſentanea, recedunt Duar. *l. 2. diſp. 33.* Donell. *de jurejur. c. 11. n. 4.* Ant. Fab. 19. *conj. 7.* Bronchorſt. 2. *aſſert. 93.* contendente, dubias cauſas intelligi eas, in quibus par eſt utrinque & plena probatio atque iſto demum caſu locum habere, quod de jurejurando ſuppletorio ſive neceſſario deferendo præcipitur. Sed hæc potius illorum opinio juri noſtro minus conſentanea, imo plane non convenire videtur. Neque enim poteſt dici cauſa laborare inopia probationum, cum ab utraque parte plene probatum eſt? ſed tunc actoris probationibus per contrarias rei eliſis perinde habendum erit, ac ſi nihil probatum eſſet, & reus, uti dixi,

abſolvi

Digitized by Google

abſolvi debebit, *c. cum ſunt*, *ext. de reg. jur. in 6. per l. ubi pugnantia*, 188. *ff. eod.* Et vero ſi, ut illi volunt, ubi actor uno teſte probavit, & reus nihil, nihilominus reus abſolvendus ſit, multo magis abſolvendus erit, ubi ille totidem teſtes pro ſe produxit, quot actor, Matth. Vveſemb. *conſil.* 13. *n.* 3. Nec quod illi regerant, magni momenti eſt, nempe alias effici, ut hoc jusjurandum deferri queat, etiam ubi nihil probatum eſt. Nam primum tunc non poteſt dici cauſa dubia. Deinde aliud eſt defectus probationum, ubi nullæ ſuppetunt; aliud inopia, ubi quædam ſuppetunt, ſed ancipites aut minus idoneæ. Cujac. *l.* 22. *obſ.* 28. *in fin.* Inopia quippe opponitur copiæ & opibus, & minor eſt egeſtate. Sic inopiam frugum, vini, amicorum, inops ærarium, inopem linguam, &c. dicimus, non cum plane nihil, ſed cum non quantum ſatis eſt, ſuppetit.

Sed expendamus ſingula, quæ huic ſententiæ objiciuntur. Sic igitur illi porro argumentantur in contrarium: Aut probat actor, aut non probat. Illo caſu vincit ſine jurejurando, *l.* 9. *C. de obl. & act.* hoc caſu reus abſolvi debet, *l.* 4. *C. de edend.* Reſpondeo, eſt medium quiddam, cum ſcilicet actor neque omnino probat, neque nihil, ſed aliquid, &, ut loquuntur, ſemiplene. Non enim ideo, qui parum probavit, dici debet nihil egiſſe, propterea quod judex ei penitus aſſentiri non debet, *arg. l.* 3. §. 1. & 2. *ff. de teſtib.* Ajunt paria eſſe non probare & non perfecte probare, per *l.* 6. *ff. qui ſatiſd. cog.* & cum lex exigit probationem, exigere juſtam & legitimam, *l. ult. C. de probat.* Reſpondeo, ratio hæc obſtaret, ſi ſemiplenam probationem ſufficere diceremus. At nunc contra, quia ea per ſe non ſufficit, ſed opinionem dumtaxat inducit, ideo dicimus ad ſuppletorium hoc juramentum judicem recurrere poſſe & debere. Nimirum paria quidem iſta ſunt in eo, quod nec imperfectæ probationis ea vis eſt, ut fidem & aſſenſum mereatur, quia per ſe inefficax: ſed quando alia adminicula accedunt, ut fieri poteſt, *l.* 5. *l.* 6. *C. de prob.* jam pro perfecta cedit, & plenam fidem facit. Inſtant tamen & ajunt, duo vel plura imperfecta non facere unum perfectum, *arg. l. ſpadonem*, 15. §. *qui jura*, 11. *ff. de excuſ. tut.* unde colligunt nec jusjurandum junctum cum ſemiplena probatione poſſe efficere probationem plenam. Sed non eſt novum, ut duo aut plura, quæ per ſe ſingula infirma ſunt aut inefficacia, juncta ſimul & coacervata, vires & efficaciam conſequantur, verbi cauſa, unius teſtis, quamvis omni exceptione majoris, teſtimonium plenam fidem non facit: ſed ſi ea, quæ dicit, conſentiente fama, aliiſve veritatis indiciis confirmentur, jam illius teſtimonium pro plena probatione habendum eſt, *l.* 5. & 6. *Cod. de probat.* Similiter etſi ſingula pacta per ſe actionem non producunt, ſi tamen id quod pacto quis promiſit, ſe ſoluturum pacto item deinde conſtituat, aut alius pro eo, hic actio pecuniæ conſtitutæ jure prætorio in conſtituentem datur, *l.* 1. & *tot. tit. ff. de pecun. conſtit.* Sic etſi neque ſponſalia, neque concubitus per ſe matrimonium efficiunt, ſi tamen ad ſponſalia accedat concubitus, tranſeunt in matrimonium, *c. veniens*, 15. *c. is qui fidem* 30. *ext. de ſponſ.* Et ut favore pupillorum receptum ſit, ne duæ aut plures imperfectæ excuſationes unam aliquam perfectam efficiant; in noſtro tamen caſu alius favor eſt, qui ſuadet, ut imperfectæ probationes duæ vel plures unam perfectam probationem repræſentent, ne ſcilicet probationes redigantur in anguſtum contra *l. quoniam*, *in fin. C. de hæret. l. pen. pr. C. de reb. cred. & jurejur.* Sichard. *in l.* 3. *C. d. t. n.* 12. Plane ubi non ad probationem tantum, verum etiam ad actus ſolemnitatem & ſubſiſtentiam certus numerus teſtium deſideratur, quorum uno deficiente actus ſit nullus, ut in teſtamentis, hic ſi pauciores ſint adhibiti, juramento ſuppletorio non eſt locus, *l. ſi unus*, 12. *C. de teſtam.* Salic. *in d. l.* 3. *num.* 16. Sed fortaſſe nihil adhuc profeciſſe videbimur iis, qui clamant vocem unius vocem eſſe nullius, & expreſſe legibus vetitum eſſe unius teſtis, quantacunque dignitate præditus ſit, reſponſionem audiri, *l. jurisjurandi*, 9. §. 1. *Cod. de teſtib.* Reſpondemus ne nos quidem hoc dicere, unius teſtis vocem eſſe audiendam, ideſt, credendum eſſe unius teſtimonio: credere eſt plene aſſentiri. Poteſt tamen unius viri honeſti & gravis teſtimonium movere animum judicis & creare etiam non levem ſuſpicionem. Opponuntur in *l.* 3. §. 2. *ff. de teſtib.* quid aut credat judex, aut parum probatum ſibi opinetur. Non ideo tamen, qui parum probavit, nihil egit: licet ob id judex ei credere non debeat ſeu penitus aſſentiri. Senſim ad firmam aſſenſionem pervenitur & quaſi per gradus. Plerumque levi primum ſuſpicione judex movetur, mox etiam vehementiore, quæ opinionem inducit; tandem ſuccedit & plena perſuaſio ac firmus aſſenſus, accedentibus aliis atque aliis veritatis indiciis. Ac plane ut fides & aſſenſus modo plenus & integer, ac firma perſuaſio: modo imperfectior, ut in opinione dubitationem adjunctam habente: ita & probatio argumentum faciens judici fidem. Collectio ex Calliſtrato *in d. l.* 3. §. 1. & 2. *ff. de teſtib.* Cum autem ſatis conſtet ex *l.* 5. & *l.* 6. *Cod. de probat.* plures probationes imperfectas, licet diverſi generis, jungi & ita junctas firmum aſſenſum mereri poſſe, neceſſe eſt, ut per ſe quoque ſingulæ conſiſtant & aliquid operentur. Finge ab actore produci teſtem unum, hominem ſpectatæ fidei, eaque, quæ dicit, aliis quibuſdam veritatis argumentis confir-

confirmari : quamvis ſingula hæc per ſe plenam fidem non faciant, aliquam tamen faciunt, & juncta, quod ſingulis pondere deeſt, numero ſupplent. Finge proferri chirographum, quod is adverſus quem profertur, a ſe ſcriptum neget, eumque eſſe hominem vilem & contemptum, cum is, qui profert, ſit vir gravis & integræ exiſtimationis, accedere teſtem unum omni exceptione majorem, qui pecuniam, quæ ex chirographo petitur, numerari viderit, non poterit non judex moveri, quin opinetur actorem bonam cauſam habere : ſed quia hæc probatio ſola & per ſe plenam fidem non facit, quæ ſcilicet ad definiendam controverſiam & ſententiam ſecundum eum, qui nihil amplius præſtitit, ferendam ſufficiat, hic dicimus rem ita tranſigi oportere, ut judex in ſupplementum ejus, quod ad juſtam probationem deeſt, actori jusjurandum deferat, eoque ab actore præſtito, ſecundum eum judicet *d. leg. admonendi, & d. leg. 3. Cod. de reb. cred.* Qui hæc negant, & ſuperiorem diſtinctionem non admittunt, illi in arguendo laborant petitione principii, poſtulantes ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ, id quod eſt in quæſtione, quæ manifeſta captio eſt. Quæſtio hæc eſt, an omnino jus præſcribat & præcipiat, ne ullum argumentum, aut ulla ratio in judiciis admittatur, niſi ex qua una ſola perfecta rei geſtæ fides adſtruatur? Si hoc verum eſt, non aliæ rationes in judiciis admitti atque a judice audiri debent, quam quæ ſeorſum per ſe ſingulæ ſunt quaſi apodicticæ non alia inſtrumenta, quam ubi per ſe quodvis ſufficienter probat, eamque fidem judici facit, quæ movere eam poſſit ad ſententiam ſecundum eum, qui illud profert, ferendam : At conſequens hoc falſum eſſe ſupra ſatis demonſtratum eſt ex *leg. 5. & l. 6. C. de prob.*

Tertia conditio, qua poteſtas judicis in deferendo jurejurando ſuppletorio limitatur, eſt ut id deferat cauſa cognita, *leg. 3. C. de reb. cred.* Hoc autem nihil aliud eſt, quam ut judex ei deferat, cui deferri ob juſtas cauſas æquius eſſe videbitur, non enim ſtatim, v. c. actori, qui ad probationem aliquid attulit, deferri debet, ſed inſpiciendæ prius perſonæ & cauſæ circumſtantiæ, *c. ult. extr. de jurejur.* Itaque nihil, meo judicio, præciſe hic definiendum : ſed multa examinanda ſunt, priuſquam ad delationem hujus jurisjurandi perveniatur : in primis fides cujuſque & conditio perſonæ, qualitas & pondus rei, de qua agitur, teſtium item, qui producuntur, prudentia; denique & probationis modus : ac demum his rebus bene exploratis judex ex animi ſui ſententia æſtimabit, an jusjurandum & utri deferri debeat. Pernicioſe igitur errant judices, qui hoc jusjurandum paſſim & ſine delectu deferunt, de quo queritur Joan. Oldendorp. in *tract. de probat.* Quædam etiam cauſæ ſunt, in quibus hoc jusjurandum locum non habere tradunt DD. cujuſmodi ſunt cauſæ criminales, utpote in quibus probationes non tantum plenæ eſſe debent, ſed etiam luce meridiana clariores, *leg. ult. in fin. Cod. de probat.* nec admittendæ propter inopiam aliarum probationes præſumptivæ, qualis eſt probatio per juramentum, *leg. 5. pr. ff. de pœn. leg. antepen. ff. de quaſt.* Sichard. *in leg. 3. C. de reb. cred. n. 5.* Gail. 2. *obſ.* 94. *n.* 3. Mynſing. 2. *obſerv.* 87. Fachin. 1. *contr.* 25. Coſtal. *l.* 3. *ff. de jurejur.* Diod. Tulden. *in Cod. de reb. cred. n.* 9. quanquam hic reus interdum admittitur ad jusjurandum purgationis. *Novell.* 124. *cap.* 2. unde *auth. novo jure* :. *de pœn. jud. qui mal. jud. c. 5. & ult. de purg. can. cap. 1. ext. de confeſſ.* Item cauſæ matrimoniales. Gail. *d. loc.* Covar. *de matrim. p. 1. cap. 4. §. 1. n.* 8. Item cauſæ civiles arduæ & magnæ quantitatis. Sichard. *d. l. n.* 8. Gail. 1. *obſ.* 108. *n.* 11. Mynſing. 1. *obſ.* 68. In quibus tamen, ſi plus quam ſemiplene probatum eſt, huic jurijurando locum eſſe volunt, puta ſi cum ſemiplena probatione concurrant aliqua ſuſpicio aut conjectura, Gail. *d. loc. dec. 57. Cur. Holland.*

CAPUT XLV.

An judex poſſit ab initio modum ſtatuere jurijurando in litem, & an ex cauſa poſſit id non ſequi, vel a principio non deferre?

EST genus aliquod jurisjurandi, quod ob dolum, contumaciam, aut culpam rei ſoli defertur actori, & a noſtris jusjurandum in litem appellatur. Hujus autem duæ ſunt ſpecies, quarum alteram jusjurandum affectionis, alteram veritatis interpretes appellant. Affectionis jusjurandum eſt, quo actor jurat, quanti rem æſtimet ex affectione, quod ſæpe verum rei pretium excedit, *l. 1. l. 8. ff. de in lit. jur.* veritatis, quo jurat actor, quanti rem æſtimet ex vero, ſeu quanti vere ipſius interſit, omni affectione ſemota, *l. 2. §. 1. ff. eod.* Prius in ſpecie vocatur in litem : quanquam & poſterius ſic appellatur, *leg. 5. §. ult. cum leg. ſeq. ff. eod.* Utrumque defertur a ſolo judice, *l. 4. §. 1. ff. eod.* Poſterius etiam in ſtrictis judiciis defertur, re poſt moram aut culpa debitoris perempta, *d. l. 5. §. ult. & l. ſeq.* Prius tantum in judiciis arbitrariis & bonæ fidei, ob dolum aut contumaciam non reſtituentis aut exhibentis, *d. l. 5. pr. & §. 3. l. 8. eod. l. 3. §. 2. ff. commod. l. qui reſtituere, 68. ff. de rei vind. cum ſimilib.* Ad hoc poſterius videlicet jusjurandum affectionis pertinet, quod legimus licere actori in infinitum jurare, atque id etiam judicem ſequi debere, *l. 4. §. 2. ff. de in lit. jur. d. l. qui reſtituere, §. 1. de rei vend.* nec poteſt dici pejeraſſe, qui ex affectu jurejurando rem æſtimat; quia de arbitrio ſuo & affectu juravit, non de vero

Digitized by Google

pretio. In infinitum autem idem valet, quod in immenſum, ut id poſtea in *d. leg.* 4. §. 2. explicat Ulpianus, id eſt, etiam in eam ſummam, quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat; dum tamen certa ſumma dicatur, ad quam lis æſtimetur. Hæc enim iſtorum locorum ſententia eſt, nempe quia legibus, quibus de hoc jurejurando cautum eſt, certa quantitas ad quam uſque juretur, non eſt definita, ideo neceſſe non eſſe, ut jurans hic ſervet certum aliquem in jurando modum. Sed poſſe eum ex affectione pro arbitrio ſuo rem æſtimare, & in eo affectioni ſuæ etiam immodice indulgere. Eodem ſenſu Juſtinianus in *§. & unum*, 4. *Inſt. de her. inſt.* dicit poſſe teſtatorem in infinitum quotquot velit heredes inſtituere. In infinitum, id eſt, *εἰς ἄπειρον*. ut infinitum iſtic accipiatur pro indefinito incertoque heredum numero. Porro tria de hoc jurejurando inter alia in dubium vocantur, 1. an judex poſſit ab initio modum huic jurijurando ſtatuere, ad quem uſque juretur, 2. an poſſit aliquando judex id non ſequi, 3. an poſſit in totum non deferre. Negat hæc omnia Ant. Fab. 16. *conject.* 17. *& dec.* 18. *err.* 10. contendens nec ab initio taxationem, nec poſtea diminutionem aut ſolutionem judici apud veteres permiſſam fuiſſe: imo ab initio non deferendi licentiam. Nos autem conſtanter dicimus poſſe atque olim etiam potuiſſe judicem taxationem huic jurijurando adjicere; poſſe & potuiſſe jusjurandum non ſequi, ſed vel minoris reum condemnare, vel etiam prorſus abſolvere; denique poſſe & potuiſſe id a principio non deferre. Ad hoc autem probandum non eſt neceſſe uti argumentis longe petitis: loci in medio poſiti ſunt veterum Juriſconſultorum Ulpiani, Marciani & Pauli, quibus idem illi, quod nos, & tantum non iiſdem verbis pronuntiant. Et quod ad primum attinet, Ulpianus in *l.* 4. *§.* 2. *ff. de in lit. jur.* quærit, an judex modum jurijurando ſtatuere poſſit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occaſione juretur in immenſum: & reſpondet etiam hoc arbitrio bonæ fidei judicis congruere. Marcianus in *l.* 5. §. 1. *ff. eod.* poteſt, inquit, judex præfinire certam ſummam uſque ad quam juretur. In *l.* 3. §. 2. *ff. ad exhib.* Ulpianus ait in actione ad exhibendum notandum eſſe, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari ei poſſit, judice quantitatem taxante. Paulus in *leg. arbitrio*, 18. *ff. de dol. mal.* ait poſſe per contumaciam ſuam tanti reum condemnari, quanti actor in litem juraverit, ſed officio judicis debere in utraque actione (de dolo ſcilicet, & quod metus cauſa) taxatione jusjurandum refrænari. Ex iiſdem locis ſimul intelligimus, jurare quidem in infinitum, ſeu in eam ſummam, quæ pretium rei longe excedat licere, atque id quoque judicem ſequi, ſed tunc cum taxatio jurijurando adjecta non eſt: cæterum ſi judex certam ſummam præfiniverit, ad quam uſque juretur, tum ultra jurare non licere. Non obſtat *l. qui reſtituere*, 68. *verſ. ſi vero non poteſt. ff. de rei vind.* quoniam verba illa Juriſconſulti, *ſine ulla taxatione*, minime referenda ſunt ad vocem *damnandus*, ſed conſtruenda & conjungenda cum verbo *juraverit*, ut in ipſo textu, ut ſit ſenſus, cum juravit nonnulla taxatione a judice præfinita, id judex ſequi debet. Sed & ſi judex modum jurijurando non ſtatuerit, aut intra modum ſtatutum juratum ſit, poteſt tamen jusjurandum non ſequi, & vel minoris reum condemnare vel prorſus abſolvere: utique ex magna cauſa & poſtea repertis probationibus: verba ſunt Ulpiani in *d. l.* 4. §. 3. & eſt arg. in *l. admonendi*, 31. *ff. de jur.* Magna cauſa eſt, veluti ſi doceatur reum non deſiiſſe dolo poſſidere, aut petitorem non eſſe dominum fundi, aut pro parte non eſſe, aut partem dumtaxat a reo per contumaciam non eſſe reſtitutam; atque hic locum habet, quod Juriſconſultus ait, poſſe judicem vel minoris reum condemnare, vel prorſus abſolvere. Nec quidquam mutat *auth. poſt jusjurandum*, *C. de jud.* ubi non agitur de jurejurando affectionis, ſed veritatis, quo impenſæ litis a victore æſtimantur. Gloſſ. *ibid.* Quod ſi ex novis inſtrumentis hoc jusjurandum retractari poteſt, poterit etiam ab eo appellari. Eſt enim hoc jusjurandum in hujuſmodi caſibus ſimile neceſſario ſeu ſuppletorio, quia utrumque judex non pars parti defert, & defert altera parte invita. Fac. *l. ult.* §. 1. *ff. de appellat.* Duar. *ad l.* 5. *ff. de in lit. jur.* quanquam in aliis propius accedit ad voluntarium, quoniam actoris cauſa comparatum eſt, qui idcirco id impune recuſare poteſt, ſi de vera æſtimatione probare velit, ut recte Bartolus ad *leg. ff. de in lit. jur.* Borcholt. *tr. de in lit. jur. c.* 3. *n.* 29. & in eam rem textus expreſſus in *l. quod ſi poſſeſſor.* 71. *ff. de rei vind.* Quod vero in *l.* 4. *pr. ff. de in lit. jur.* nominatim de tutoribus & curatoribus refertur, eos ut jurent, cogi non poſſe, id propter ſpecialis dubii in his perſonis rationem notandum fuit, quia ſi recuſent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno inde accepto pulſari poſſunt. Conditio autem in *d. l.* 4. *in fin. pr. ſi velit.* propria eſt hujus jurisjurandi, non adoleſcentis, Borch. *d. tr. de in lit. jur. c.* 3. *n.* 27. *& ſeqq.* Donell. 26. *comm. c.* 12. Quid igitur eſt, quod Paulus in *l. ult. ff. eod.* ſcribit, ex neceſſitate juris in litem jurari? Reſpondeo primum Paulum non loqui de jurejurando in litem affectionis, ſed veritatis. Deinde, Paulum non intelligere neceſſitatem aliquam juris publici, ſed privati; quia cum æſtimatio rei, quæ non extat, difficillime probari poſſit, neceſſe ſit actori jurare, niſi eam ſibi perire velit: & denique, ſic Paulus loqui reſpectu judicis, quia judex ſine delatione jurisjurandi non poteſt æſtimare rem, quæ non extat, *l.* 5. §. *ult. ff. eod.*

Illud

Illud autem ineptum eſt, quod quidam ajunt, in *d. l. ult.* agi de neceſſitate patiendi delationem jurisjurandi impoſita contumaci, non de neceſſitate impoſita ei, cui defertur : nam neque, ut jam diximus, de jurejurando affectionis, quod ob ſolam contumaciam defertur, illic agitur : neque verbis Juriſconſulti, qui ex neceſſitate juris in litem juravit, talem ſenſum affingent, qui Latine ſciunt, ille jurat ex neceſſitate juris, id eſt, alter eum jurantem pati debet. Quemadmodum autem judex modum jurijurando ſtatuere poteſt, ita & poteſt ab initio in totum non deferre : imo propterea quod judici licet in totum a principio non deferre, ideo & modum jurijurando ſtatuere poteſt, ne ultra certam quantitatem juretur. Ratio & collectio Ulpiani in *d. l.* 4. §. 2. item Marciani in *d. l.* 5. §. 1. *ff. eod.* & ibi vulg. DD. Poteſt ergo judex & taxare quantitatem, in quam juretur, & ideo poteſt, quia poteſt in totum jusjurandum non deferre. Movere non debet, quod Ulpianus in *d. l.* 4. §. 1. ſcribit, judicem oportere hoc jusjurandum deferre : quippe quo hoc tantum ſignificatur, ſi quo caſu deferendum ſit, a judice deferendum eſſe, non a parte, ad differentiam voluntarii & judicialis. Enimvero non hoc dicimus etiamſi de dolo & contumacia adverſarii aperte & liquido conſtet, eſſe in poteſtate judicis non deferre, ſed ubi de eo ambigitur nec ſatis liquet. Nam quæ judicis arbitrio permiſſa, non in meram ejus voluntatem collata intelliguntur, ſed commiſſa viro bono, cum neceſſitate arbitrandi & ſtatuendi, quod ſibi æquius melius videbitur, *arg. l. ſi ſic legatum*, 75. *ff. de legat.* Duar. *ad tit. de in lit. jur. n.* 29. Coraſ. *ad l.* 5. *eod. n.* 21. Mirabitur jam forte aliquis, quid Ant. Fab. moverit, ut contra tot expreſſos & claros textus ſuperiora omnia negaverit : neque injuria. Nihil enim ad confirmationem opinionis ſuæ profert præter locos in *l. qui reſtituere*, 68. *ff. de rei vind. l.* 4. *in pr. &* §. 1. *l. ult. ff. de in lit. jur.* in quibus tamen nullum ei præſidium eſſe, ſatis abundeque probavimus : & tamen tam infirmo aut potius nullo auxilio fretus audet alios locos omnes delere aut Triboniano adſcribere, quaſi in iis ipſe ſermo Triboniani eluceat. Ait igitur *d. l.* 4. §. 2. a verbis, *Sed an judex, &c. &* §. *ſeq.* item *l.* 5. §. 1. *&* 2. *ff. de in lit. jur. l. arbitrio*, 18. *pr. verſ. ſed officio, ff. de dol. mal.* eſſe ex emblematis & additamentis Triboniani, taxationemque iſtam ignotam veteribus primum a Zenone introductam *leg.* 9. *Cod. unde vi*. Sed profecto tot illuſtres, quos modo citavimus, locos ex *n.* in quibus eſt terſus & emendatiſſimus ac germinus veterum ſermo, minime redolens Tribonianum, Triboniano abſcribere nimis temerarium eſt. Aliter olent catuli, aliter ſues. Subactæ in Latinitate & legibus Romanis aures facile verba veterum Juriſconſultorum diſcernunt a circumducta & modeſta oratione Juſtiniani aut Triboniani. *Legitimumque modum digitis callemus & aure.*

C A P U T XLVI.

An ex omnibus contractibus innominatis duplex actio competat, præſcriptis verbis & condictio ob cauſam dati?

CONTRACTUUM innominatorum quatuor genera facit Paulus in *l.* 5. *pr. ff. de præſcr. verb.* do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias. Ex duobus prioribus duplicem competere actionem conſtat, præſcriptis verbis, & condictionem ob cauſam dati, quarum alterutra experiri liceat, prout ei, qui dedit, viſum fuerit, *d. l.* 5. §. 1. *&* §. 2. *ff. eod. leg.* 7. §. 2. *ff. de pact.* Præſcriptis verbis agam, ſi velim, ut ille, cui dedi, ex ſua parte contractum impleat, id eſt, ut & ipſe det vel faciat, quod convenit. Atque hoc caſu ſi non dederit aut fecerit, damnabitur mihi quanti intereſt mea illud, de quo convenit, datum aut factum eſſe, etiamſi de re certa danda convenerit, *d. l.* 5. §. 1. 2. *&* 5. *l.* 4. *&* 3. *ſeqq. C. de rer. perm.* Quod ſi is, cui dedi, ceſſat dare aut facere & velim meum recipere, hic altera actione experiri mihi licebit, nempe condictione ob cauſam dati, quam repetam quod datum eſt, quaſi ob rem datum re non ſecuta, *d. l.* 5. §. 1. *&* 2. *l.* 7. *ff. de præſcr. verb.* Hæc autem actio non eſt ex contractu innominato, qui verus eſt contractus, ſed quaſi ex contractu ſeu tacita quadam conventione, & extra id quod expreſſe actum eſt, naſcitur, *leg.* 13. *in fin. ff. commod.* Duo enim in utroque hoc articulo, do ut des, do ut facias, arguuntur, alterum expreſſe, ut viciſſim des vel facias; quæ conventio efficit contractum innominatum, unde eſt actio præſcriptis verbis in id, quod intereſt : alterum tacite, ut ſi non fiat vel detur, de quo convenit, liceat datum repetere. Atque ex hac quaſi tacita conventione & quaſi contractu oritur condictio hæc ob cauſam dati. Ex duobus autem reliquis articulis, nempe facio ut facias, & facio ut des, utraque ſuperior actio non competit: ſed ut una tantum hic, eaque expreſſa eſt conventio, unuſque contractus innominatus & verus, & ita una duntaxat est utraque actio. Tacita conventio hic nulla aut quaſi contractus, ex quo ad repetendum condictio ob cauſam dati, quia nihil datum, ſed factum eſt; facta autem repeti non poſſunt, nec infecta per rerum naturam fieri. Quænam igitur actio duobus iſtis caſibus dabitur? Et quidem ex contractu facio ut facias datur actio præſcriptis verbis, *l.* 5. §. 4. *&* 5. *l.* 9. *l.* 12. *ff. de præſcr. verb.* condictioni autem ob cauſam dati hic locus eſſe non poteſt, propterea quod, ut dixi, facta repeti nequeunt. Ex contractu autem facio ut des non alia, quam de dolo

Digitized by Google

dari videtur, *d. l. 5. §. 3. l. 15. §. fin. ff. eod. leg. 4. C. de dol.* in cujus ſpecie eſt contractus facio ut des, quia datio ad factum ordinata pro facto habenda. Neque hic condictio ob cauſam dati competit, propter eandem rationem, quia facta repeti aut infecta fieri non poſſunt. Cur autem ex contractu facio ut des non æque detur actio præſcriptis verbis, ac ex reliquis tribus articulis, do ut des, do ut facias, facio ut facias, ſubtiliſſimæ diſquiſitionis eſt: nec videtur eſſe perpetuum *d. l. 15. l. ſi tibi, 22. ff. de præſcr. verb. l. 6. C. de tranſact.* Et ſane his locis etiam ex contractu facio ut des actio præſcriptis verbis datur, contra quam diſerte Paulus in *d. leg. 5. §. 3. ff. de præſcr. verb.* Non enim poſſis cum Donello *tr. de præſcr. verb. c. 10. & ſeqq.* Pauli reſponſum accipere de eo caſu, quo is, qui fecit, a contractu recedere cupit, quo caſu cum condictioni locus eſſe non poſſit, cum facta repeti nequeant, in ejus locum ſuccedat actio de dolo: quia in tota illa lege ex profeſſo agitur de actione præſcriptis verbis, non de condictione niſi obiter, quippe quæ nec ex conventione expreſſa aut contractu innominato, naſcitur, ad quod tamen genus contractuum tota illa diſputatio pertinet. Et Paulum intelligere actionem præſcriptis verbis apparet ex §. 2. *in fin. d. leg. 5.* ubi cum actionem in factum civilem, id eſt, præſcriptis verbis ex articulo do ut facias conceſſiſſet, mox §. *ſeq.* 3. ſubjicit, ex articulo facio ut des nullam eſſe civilem actionem, & ideo de dolo dari. Quid quod non niſi inepte talis caſus proponatur, quo quis vult a contractu recedere, ubi nullo modo recedi poteſt, nec pœnitentiæ datur locus? Vetus interpres Azo eumque ſecurus Accurſius in *d. l. 5. §. 3.* & nonnulli alii tum veterum tum recentiorum ita diſtinguendum eſſe arbitrantur. Cum aliquid contrahitur ſynallagma, quod evenit, quoties ab uno aliquid in alium tranſiit, ajunt, ex contractu innominato naſci civilem actionem præſcriptis verbis, ut in *leg. 7. ff. de pact. leg. 5. §. 1. & 2. ff. de præſcr. verb.* idemque eſſe, quoties ex facto unius aliquid ad alium, qui dare debet, pervenit, ut quemadmodum illi ob id factum aliquid abeſt, ita & huic aliquid adſit, ut in *l. ſi poliendа, 22. ff. d. tit. l. 6. C. de tranſact.* Nunquam enim jure civili alicui actionem dari ejus rei nomine, quæ ipſi abeſt, contra eum, cui plane nihil ex eo adeſt. Itaque cum in contractu do ut des, item do ut facias contrahatur συνάλλαγμα, ſeu negotium civile, etiam civilem actionem præſcriptis verbis ex utroque naſci. At in contractu facio ut des geri quidem etiam negotium, ut conventio hic non ſit nuda, ſed non ſemper tale factum intervenire, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod fundamentum ſit συναλλάγματος & actionis civilis, v. c. Stichum ſervum meum manumiſi, ut mihi Pamphilum dares. Indicavi tibi ſervum tuum fugitivum, ut mihi pro indicio decem dares. Ex priore facto etſi mihi aliquid abeſt, tibi tamen nihil adeſt, nullum commodum pecuniarium inde ad te pervenit. Ex altero nihil mihi abeſt, quamvis tu commodum aliquod occaſione indicii conſequaris. Itaque his caſibus ceſſante actione civili præſcriptis verbis, ſiquidem dolus arguatur, actionem de dolo dari, ſin minus in factum, *d. leg. 5. §. 3. leg. 15. in fin. ff. de præſcr. verb.* Cum autem utrinque de faciendo actum eſt, parem eſſe utriuſque rationem, & quia alias etiam loco facti ſuccedit obligatio in id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis, quæ natura ſua incerta eſt, ſine diſtinctione dari. Antonius autem Faber in *ration. ad d. l. 5. §. 3. & ſeq.* putat in hoc articulo admiſſam eſſe actionem præſcriptis verbis dubitationis tollendæ gratia, cum hic videri poſſit competere actio mandati propter ſimilitudinem negotii, quæ dubitatio, in contractu facio ut des, nulla. Cæterum ut ingenue fatear, quod ſentio, non poſſum ſuperiori diſtinctioni penitus acquieſcere. Nam & in ſpecie *d. l. 15. ff. de præſc. verb.* quamvis indicanti ſervum fugitivum nihil abſit, tamen propter intercedentem pactionem ob indicium, ait Ulpianus, geri negotium aliquod, ex quo civilis actio oriatur, id eſt, præſcriptis verbis: & licet mox ſubjungat, niſi ſi quis & in hac ſpecie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur, tamen his verbis non revocat, quod prius dixerat, de actione præſcriptis verbis danda, ſed hoc ſignificat, ſecundum quoſdam, etiam in hac ſpecie actionem de dolo dari ubi dolus arguitur, relicta actione præſcriptis verbis ubi dolus nullus intervenit. Et hoc congruit ſententiæ Pauli in *d. l. 5. §. 2. in fin. ff. eod.* ubi in tali ſpecie, ſi tibi dedi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, eoque a te manumiſſo, quem dedi, evictus eſt. Paulus ſcribit, ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem ex ſententia Juliani, ſi ignorans, in factum civilem. Quanquam locus iſte Pauli ſuſpectus merito videtur, propterea quod alibi legimus, Julianum utroque ſuperiore caſu dediſſe actionum extremas quaſi primis deficientibus, in ſcientem quidem de dolo, in ignorantem autem in factum prætoriam, non civilem; atque eo nomine reprehendi a Mauriciano & Ulpiano in *l. 7. §. 2. ff. de pact.* qui putant utroque caſu in factum civilem præſcriptis verbis dandam. Et profecto recte: nam ſi in ignorantem datur actio in factum civilis, hæc eadem danda etiam in ſcientem non de dolo, & ex contrario ſi in ſcientem datur de dolo, neceſſario in ignorantem danda eſt in factum prætoria, qui certus eſt & perpetuus horum judiciorum ordo. Porro nec illud video, quid interſit ad actionem præſcriptis verbis dandam, utrum ego tibi dederim Stichum, ut Pamphilum manumitte-

mitteres, cumque tu eum manumiſiſſes, Stichus evictus ſit; an ego Stichum manumiſerim, ut tu Pamphilum mihi dares, & tu ceſſes dare. Neque enim aut illo caſu ex tua manumiſſione quicquam commodi pecuniarii in me tranſit: aut hoc ex mea manumiſſione ad te. Sed hæc potius in medio relinquenda: ſunt enim [illegible], nec ſine cauſa exiſtimat Cujacius ad d. *leg.* §. 2. *ff. de pact.* verbum illud *civilem* apud Paulum in *dict. leg.* 5. §. 2. *in fin. ff. de præſcr. verb.* eſſe additamentum Triboniani, & argumentum imperitiæ Compoſitorum.

C A P U T XLVII.

An etiam ejus, quod errore juris indebitum ſolutum eſt, repetitio detur?

QUÆSITUM eſt, quomodo accipiendum ſit, quod paſſim ſimpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Duplex enim error eſt, unus facti, alter juris. Facti error eſt, cum aut quod factum eſſe neſcitur; aut quod factum non eſt, factum putatur. Contra qui factum quid ſcit, aut non eſſe factum, & tamen ignorat, quid hic ſibi jure tribuatur, in jure errat, *leg.* 1. *ff. de jur. & fact. ignor.* ubi hæc res exemplis declaratur. Si quis ſciens ſe non debere ſolvat, ceſſare repetitionem juris eſt explorati, *leg.* 1. §. 1. *leg. ſi non ſortem*, 26. §. *indebitum*, 3. *ff. de cond. ind.* quippe cui juris per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt, *leg. cujus*, 53. *ff. de reg. jur.* Et ex contrario certi quoque juris eſt repetitioni locum eſſe, ſi quis cum putaret ſe debere in facto errans, quod non debebat, ſolverit, *leg.* 6. *leg.* 7. *C. de cond. ind. leg. error*, 7. *C. de jur. & fact. ignor.* Illud ſolum quæritur, an etiam ei condictio ſive repetitio detur, qui quod non debebat, ſolvit, ductus errore juris. Negant plerique recentiores Cujac. 5. *obſ.* 39. Duar. *ad tit. de cond. ind. cap.* 3. Donell. 1. *comm.* 21. Bronchorſt. 2. *aſſ.* 36. Perez. *in C. de cond. ind.* 12. Affirmant interpretes veteres, eoſque ſecuti Zaſ. *ad rubr. de cond. ind. num.* 5. Sichard. *ad rubr. & leg. C. eod.* Weſemb. *par. eod. num.* 9. Thulden. *C. eod. num.* 4. Grot. *leg.* 3. *introd. ad juriſp. Batav. cap.* 30. Chriſtin. *vol.* 3. *dec.* 8. Bachov. *diſp.* 4. *de act. theſ.* 17. Antequam vero ſententiam noſtram aperiamus, quoniam de indebito ſoluto hic quæritur, operæ pretium erit explicare, quid verbo *indebiti* auctores juris intelligant. Et quidem nemo dubitat, quin pro indebito habendum ſit, quod neutro jure, ideſt, neque civili jure neque naturali debetur. Sed quid ſi jure civili quidem debeatur, non autem jure naturali aut e converſo? Si tantum jure civili, ideſt, ſi ex ea obligatione debeatur, cui deeſt vinculum æquitatis, ut ſummo quidem jure eo nomine actio competat, ſed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, tale debitum pro indebito habendum eſt, ejuſque per errorem ſoluti, ut vere indebiti datur repetitio, *leg. ſi non ſortem*, 26. §. 3. *l. qui exceptionem*, 40. *l. ſi quis*, 43. *l. ex his omnibus*, 54. *ff. de cond. indeb.* Nimirum hujuſmodi debitum verbo tantum ita dicitur, re autem debitum non eſt, quoniam naturæ jure non debetur; immo nec vere deberi intelligitur jure civili, *l.* 3. §. 1. *ff. de pecun. conſtit. l. nihil intereſt*, 112. *ff. de reg. jur.* Naturale autem debitum, utut jure civili ſeu ſummo jure debitum non ſit, in hac tamen cauſa pro vero debito habetur, ideoque etſi exigi non poteſt, ſolutum tamen quamvis ab eo, qui etiam civiliter ſe obligatum putabat, non repetitur, ſententia innumeris locis tradita, *l. naturales*, 10. *ff. de obl. & act. l. indebiti*, 13. *l. ſi pœna*, 19. *l. ſi non ſortem*, 26. §. *libertus*, 12. *l. Julianus*, 60. *ff. de cond. ind. l.* 3. §. *ult. ff. quod quiſq. jur.* Et vero cum etiam id quod natura debetur, in compenſationem veniat, ſumma ratione denegatur ejus per errorem ſoluti repetitio. Sed etſi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex cauſa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus ſolutum per errorem non repeti. Hujus generis eſt exceptio rei judicatæ: ſiquidem ſententia judicis obligationem naturalem conſenſu conſtitutam tollere non poteſt: & ideo quod vetus debitor abſolutus ſolvit, repetere eum non poſſe Julianus & Paulus reſponderunt, *d. l. Julianus*, 60. *ff. de condit. indeb.* Huc item plerique referunt exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani. Nam & filiusfam. ſi mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum acceperit, & paterfam. poſtea factus perperam ſolverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet, *l.* 9. *in fin. & l. ſeq. ff. de ſenatuſc. Maced.* Aſſertur & alia denegandæ ex hac cauſa condictionis ratio in *l. qui exceptionem*, 40. *ff. de cond. ind.* Sed ea non eſt perpetua, ut apparet ex *d. l. Julianus*, *eod.* Atque ego in hac ſpecie omnino diſtinguendum putarem inter errorem juris & facti per *l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Igitur & pro debito hic accipiendum, quod natura tantum debetur, & pro indebito, quod debetur tantum jure civili. Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & ſimul naturalis obligationis effectus omnes habet, habet, dempta una actione. Quod ſi etiam ipſa naturalis obligatio jure civili tota improbetur, qualis eſt mulieris intercedentis, *leg. ſi mulier*, 16. §. 1. *ff. ad Sen. Vell.* prodigi promittentis, *leg.* 6. *ff. de verbor. obligat.* aut alias deſtituta ſit juris civilis auxilio, licet admittat acceſſiones, qualis eſt pupilli ſine tutoris auctoritate contracta, talis debiti quamvis naturalis nulla hic habetur ratio, perindeque repetitio ſo-

luti datur, ac ſi quod ex ea cauſa ſolutum eſt, ne jure quidem naturali deberetur, *leg. qui exceptionem*, 40. *& l. ſeq. ff. de condit. indeb. leg. 9. C. ad Sen. Vell. d. leg. 6. ff. de verbor. oblig.* Ejuſdem generis eſt & obligatio naturalis, quam inducit voluntas teſtatoris vel minus ſolemnis, vel legantis ſupra dodrantem bonorum: quanquam hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. Cod. ad leg. Falcid. l. 7. C. de cond. ind.*

Jam quod ad quæſtionem propoſitam attinet, ſubſcribo ſententiæ veterum interpretum, nempe etiam ejus, quod per errorem juris ſolutum eſt, repetitionem eſſe, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo introducta eſt, *leg. pen. ff. de cond. ind.* ac proinde non niſi exceptione æquitatis ex adverſo excludi poteſt. Quam vero æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid ſolutum eſt, quantumvis per ignorantiam juris, quod ne natura quidem debebatur, ſive quod cauſa debendi ab initio non valuit, ſive quod effectum non habuit, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur, *l. 14. ff. de compenſ.* acceſſiones non admittat, *leg. 3. §. 1. ff. de pecun. conſtit. leg. 7. ff. de fidejuſſ.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det niſi cum exceptione *leg. nam poſteaquam*, *9. ff. de jurejur.* quo tamen & ipſo oſtendit ſe id pro debito non habere; quis credat, ſi id vel per errorem juris ſolutum ſit, repeti non poſſe? Prima enim æquitatis regula eſt, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc*, *14. ff. de cond. ind.* Ut ecce, ſi quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non poſſum adduci, ut credam exactum ex his cauſis, licet per errorem juris ſolutum ſit, retineri poſſe, atque improbitatem ſuam cuiquam prodeſſe hoc ſolo prætextu, quod ſolvens in jure erravit, ignorans ſe adjuvari potuiſſe exceptione doli mali aut quod metus cauſa. Et ne videamur ſine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens eſt in *leg. 7. ff. de cond. ob turp. cauſ.* Ubi Pomponius diſerte ait, ex ſtipulatione, quæ per vim exorta eſt, ſi exacta ſit pecunia, repetitionem eſſe. Porro & extra hujuſmodi caſus Julianus poſt Nervam & Atilicinum reſpondit, pecuniam ſolutam ab eo, qui ſe debere putabat, cum exceptione doli mali ſe tueri potuiſſet, repeti poſſe, ac proinde ſolutam errore juris, *leg. qui ſe debere*, *7. ff. de cond cauſ. dat.* Similes loci ſunt in *l. cum num. 32. §. 1. l. ſi quis*, *43. leg. ſi fidejuſſor*, *59. ff. de cond. ind. l. 5. C. eod.* His enim locis agi de errore juris patet ex eo, quod agitur de facto proprio, eoque quod nemo ignorare poteſt, niſi ſumme negligens, quæ ignorantia pro ignorantia juris habetur, *leg. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ign.* nemo enim poteſt proprii facti ignorantiam prætendere, *leg. 7. ff. ad ſenat. Vell.* add. *leg. mandatum*, *57. ff. mand. l. 2. pr. ff. ut in poſſ. leg.* Præterea etiam hoc me movet, quod in toto titulo *ff. de cond. indeb.* alias ſatis prolixo, nuſquam aut errori facti tantum repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur; ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter, ſive quod ſolutum eſt, omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poſſit: ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem qualiſcumque ſit, non obſtare repetitioni, ſed obſtare ſolventis ſcientiam, & quidem ſolam: quod luculenter probant tum *leg. 1. §. 1. & leg. ſi non ſortem*, *26. §. 3. ff. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere, nimirum quia donaſſe intelligitur, *l. 53. ff. de reg. jur. leg. 7. C. de cond. ob cauſ. dat.* quod ſane de eo, qui ſe obligatum & neceſſitate ſolvendi adſtrictum putavit dici non poteſt: nec aliam ob cauſam in ſpecie *leg. 1. pr. ff. ut in poſſ. leg.* condictio ſatiſdationis conceditur jus ignoranti, ſcienti denegatur. Poſtremo vel maxime me illud movet, quod a Papiniano reſponſum eſt in *l. 8. ff. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei ſuæ ignorantiam juris nocere. Ex eo enim perſpicue evincere mihi videor, etiam id quod per errorem juris indebitum ſolutum eſt, condici poſſe: nam ſi hoc negamus, illud fateamur neceſſe eſt, errorem juris etiam in amittenda re ſua cuique nocere, contra ſententiam Papiniani. Neque video quid ad hoc reſponderi poſſit ſine cavillatione. Nam certe illa Neotericorum reſponſio captioſa eſt, quod condicens non laborat de re amittenda, ſed de re amiſſa: ſi enim per errorem juris ſolvens ita rem ſuam amittit, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei ſuæ ei nocet. Neque vero hic de tempore conditionis instituendæ quæritur, ſed factæ ſolutionis; negatque Papinianus errantem in jure rem ſuam amittere, videlicet ſic, ut eam nunquam poſſit recuperare. Et tantum non ridiculum eſt, quod ajunt errorem juris ſolventi profuturum ad lucrum, ſi rem recuperaret, eo quod translato per ſolutionem rei dominio, jam de novo eam acquirere videatur. Quaſi vero damno non afficiatur, qui dominium rei ſuæ in perpetuum amittit, aut lucrum ſentiat, cui damnum reſarcitur. Lucrum non intelligitur, niſi quod deducto damno ſupereſt: nihil autem amplius hac condictione recuperatur, quam quod damnum abſtulit. Et omnino quod idem Papinianus in *leg. 7. ff. de jur. & fact. ign.* definit, ignorantiam juris ſuum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui

de

Digitized by Google

de damno vitando laborant. Nec obſtat huic definitioni *leg. ſi fidejuſſor*, 29. §. 1. *ff. mand.* nam illic proponitur ſpecies, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua ſe tueri poterat, & fidejuſſor, qui cum factum non ignoraret, in jure errans ſolvit: negaturque hoc caſu competere fidejuſſori actionem mandati: de condictione autem nullum ibi verbum. Ex iiſdem locis aperti erroris convincuntur, qui eandem ſcientiæ & ignorantiæ juris rationem eſſe volunt. Quid enim ſi accipiens quoque in jure erret, dicentne hunc furem eſſe? aut ſi ſciat eſſe indebitum & creditorem ſe ſimulet, negabunt eſſe furem, propterea quod ſolvens eo quod in jure errat, pro ſciente & donante habeatur? vid. *leg. quoniam*, 18. *ff. de cond. furt. l. falſus*, 43. *pr. ff. de furt.* Quid ergo eſt? Acquirere volentibus juris error non prodeſt. *d. l. 7. ff. de jur. & fact. ign.* exempla in *l. 4. ff. eod. l. 10. ff. de bon. poſſ. l. nunquam*, 31. *ff. de uſuc. l. 11. C. de jur. & fact. ign.* ſuum vero petentibus & in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet: *d. l. 7. & d. l. 8.* Et quod dicitur juris ignorantiam nocere *l. 9. ff. eod.* ſic accipiendum eſt, non prodeſſe, lucro non afficere: cæterum nec damno. Enimvero meminiſſe oportet ejus, quod initio dixi, ita errorem juris non impedire, quo minus ſolutum repeti poſſit, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Quod ſi is, qui ſolvit, natura qualis qualis debitor eſt, quæ res ſimul juſtam retinendi cauſam accipienti tribuat, hoc ſane caſu diſtinguendum erit inter errorem juris & facti, ut in facti errore concedatur, in errore juris denegetur repetitio. Ut ecce, cum eſſem filiusf. mutuam pecuniam contra ſenatuſconſultum accepi, & paterf. factus ſolvi, ſi per ignorantiam juris, non repetam; ſi per errorem facti, contra, *arg. leg. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. ſeq.* junct. *l. ult. ff. de ſenat. Maced.* Solvi fideicommiſſum ſecundum voluntatem teſtatoris, ſed minus ſolemnem, quia forte quinque teſtes non adfuerant, qui numerus in fideicommiſſis legitimus eſt, *§. ult. Inſt. de fideic. hered.* Solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia, ſi errore facti, repetitionem habeo, ſi errore juris non item, *l. 2. C. ſi adv. ſolut. l. 7. C. de cond. ind. leg. 9. C. ad leg. Falcid.* Non equidem ideo, quod hic ſolus error juris mihi noceat, ſed quod ſimul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas teſtatoris, *arg. l. 2. C. de fideicom. l. in teſtamento*, 38. *de fideic. lib. l. 3. §. ſi quis*, 15. *ff. de don. int. vir. & ux.* juſtam facit retentionem: & hoc puto ſignificare Grotium *lib. 3. introd. ad juriſp. Bat. cap.* 30. his verbis, *Ten vvaar eenige rechtmatige reden tot de betalinge hadde gedient.* Atque ad hujuſmodi aut ſimiles caſus accommodandi ſunt & alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur, ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. leg. 6. C. de cond. indeb.* Nam profecto ob hoc ſolum, quod ego in jure erravi, tu juſtam retinendi, quod tibi nullo jure debetur, cauſam habere non potes: & hic melius eſt favere repetitioni, quam adventitio lucro, *arg. leg. non debet*, 41. §. 1. *ff. de reg. jur.*

CAPUT XLVIII.

An mulier ex quavis cauſa etiam extra judicium efficaciter renunciet ſenatuſcolſulto Vellejano?

FOEMINÆ non minus, quam maſculi ex contractibus ſuis obligantur. Excepta eſt interceſſio SCti Vellejani providentia. Id autem ideo ſenatus providit, ne fœminæ virilibus officiis (cujus generis eſt & interceſſio, *leg. 2. ff. de reg. jur.*) fungerentur. Et hoc officium eo magis eis adimendum fuit, quia in eo non ſola opera nudumque miniſterium verſatur, ſed etiam periculum rei familiaris, *leg. 1. pr. & §. 1. ff. ad ſenat. Vellej.* Et proinde proſpexit ſenatus, ne remoto præſentis periculi metu alienam obligationem facilitate ſua ſuſcipiendo (ut eſt ſexus avarus quidem ſed incautus non proſpiciens damnum, quod ante oculos poſitum non eſt) obſtringerentur, *leg. 2. §. 2. ff. eod.* Subvenit autem ita mulieri, ut ſi de interceſſione conſtet, nulla actio petitiove adverſus eam detur: aut ſi hoc non ſatis liqueat, detur mulieri exceptio, qua probata non teneatur, *arg. l. 9. pr. ff. de jurejur.* totam denique obligationem ſenatus improbavit, *l. 16. §. 1. ff. ad ſenat. Vell.* Sunt autem nonnulli caſus, quibus ceſſat SCti auxilium, 1. ſi mulier ſe obligavit pro manumiſſione, *l. gen. l. eod.* 2. ſi pro dote, *leg. 12. leg. ult. C. eod.* 3. ſi in rem ſuam, puta pro ſuo procuratore fidejuſſit, *l. 3. l. aliquando*, 13. *l. ſi pro.* 21. *& leg. ſeq. ff. eod.* 4. ſi apud minorem interceſſit pro debitore inope, *leg. 12. ff. de minorib.* 5. ſi dolo eum deceperit, cui ſe obligavit, *l. 2. §. 3. leg. ſi decipiendi*, 30. *ff. ad ſenat. Vel. leg. 5. Cod. eod.* 6. ſi pretium interceſſionis acceperit, *l. antiquæ*, 23. *C. eod.* 7. ſi debitori principali ſucceſſerit, pro quo ſe obligaverat, *l. 8. §. plane*, 13. *ff. eod.* 8. ſi interceſſionem ante biennium factam poſt biennium confirmaverit, atque ſe obligaverit iterato, *l. ſi mulier*, 22. *C. eod.* ſed pro extraneo nempe, non pro marito: nam ſi pro marito interceſſerit, etſi ſæpius interceſſionem repetiit, tamen interceſſio inutilis eſt, *auth. ſi qua mulier*, *C. eod.* 9. ſi beneficio SCti renuntiaverit, quod circa controverſiam receptum eſt in duabus cauſis; in tutela liberorum a matre aut avia ſuſcepta, *auth. matri & aviæ*, *C. quand. mul. tut.* item ſi pro eo, pro quo mulier interceſſit,

parata ſit judicium accipere, ejus liberandi cauſa, *l. ult. §. pen. ff. ad ſenat. Vell.* quorum alterum rei neceſſitas expreſſit, recepta ſcilicet matris & aviæ tutela; alterum juris, quippe quod admiſſa ſolutione omnino conſequens fuit, *l. ſolutione*, 23. *ff. de ſolut.* Illud autem quæritur, an mulier etiam ex quavis alia cauſa extra prædictas efficaciter renuntiet SCto, non quidem in foro, ubi ſententiæ numerari ſolent, ſed in Academiis, ubi veritas exquiritur. In foro recepta dicitur hæc ſententia, tanquam communis, mulierem ex quavis cauſa etiam extra judicium renuntiantem SCto ex interceſſione ſua obligari, utique ſi de jure ſibi competenti & vi SCti probe edocta ſit: quanquam nec ubique hoc receptum videtur, & dubium eſt, an hæc ſit communis opinio, ut patet ex iis, quæ traduntur a Gomeſio *lib. 2. var. reſol. cap. 13. num.* 17. Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 36.* & aliis. Sed utut hæc ſit communis & recepta uſu forenſi ſententia, ego tamen, cum Alberico, Bart. Bald. Caſtr. Salic. Alciat. Gomeſ. ubi ſup. & aliis *ibid.* & apud Soar. *in addit.* citatis, veriorem eſſe judico ſententiam contrariam, nimirum mulierem extra cauſas memoratas, quarum propria, ut diximus, ratio eſt, renuntiantem SCto ex interceſſione non magis obligari, quam ſi interceſſerit ſine renuntiatione. Hoc enim omnino conſequens eſt ampliſſimi ordinis providentiæ totam interceſſionem improbantis, idque etiam publicæ honeſtatis cauſa, quod intercedere civile & virile officium videatur, *leg. 1. leg. 2. §. 1. leg. 16. §. 1. ff. ad ſenat. Vell. leg. 2. ff. de reg. jur.* Et alioqui admiſſa contraria opinione, levi momento prudens ſenatus conſilium eludi atque inutile reddi poterit: quippe cum eadem fragilitate & levitate, qua mulier intercedit, etiam renunciatura ſit, nempe ubi nullum præſens damnum eſt, tam facile ſe induci patietur, ut renuntiet, quam ut intercedat. Quid quod ipſa renuntiatio vel maxime interceſſio eſt, utpote quæ interceſſionis confirmandæ gratia interponitur. Nihil in contrarium facit, quod mulierem de jure ſuo certiorari volunt: quoniam certioratio neque augere, neque minuere obligationem poteſt; neque ſufficit ea res ad imbecillum & captionibus ſuppoſitum ſexum deterrendum ab interceſſione, ubi nullum præſens periculum metuitur. Cumque finis certiorationis ſit cognitio auxilii, nihilominus tamen mulieres ut maxime juris ſui conſciæ ſint, SCto juvari conſtat: & ſemper hic militat ratio ducta a cauſa tum impellente, tum finali, ne mulieres ex aliena obligatione damnum ſentiant. Accedit huc, quod mulier etiam iterato intercedens juvetur: nam & in ſecunda promiſſione interceſſio eſt, ut inquit JCtus in *leg. doli.* 19. *verſ. diverſum, ff. de novat.* Atqui renuntiatio non videtur eſſe efficacior interceſſione repetita. Quod vero conſtitutum eſt a Juſtiniano in *leg. ſi mulier*, 22. *C. ad ſenat. Vell.* ut iterata ſeu repetita poſt biennium interceſſio SCti auxilium excludat, id ſpecialem rationem habet, quæ etiam illic adjicitur, nimirum quod mulier tunc non tam pro aliena obligatione, quam pro ſua intercedere videatur, & proprium negotium gerere. Utique ſecus eſt, ſi ante biennium cautionem repetierit. Eſt & aliud hujus ſententiæ argumentum in *l. antiquæ.* 23. §. 2. *C. ad ſenat. Vell.* ubi eo caſu mulieri datur exceptio SCti, cum inſtrumento publice confecto & tribus teſtibus ſubſignato interceſſio facta eſt, & ita ut hoc ſolo caſu ipſo jure teneatur, eique exceptio ſit neceſſaria, alias SCti auxilium non deſideret. Quod ſi igitur mulieri non obſtat interceſſio tam ſolemnis, quo minus locus ſit SCto, multo magis locum habebit in ſimplici renuntiatione. Utique enim non verbis, ſed rebus leges poſitæ ſunt: & quæ tam ſolemniter intercedit, ſerium profecto animum ſe obligandi habere oſtendit, taciteque hoc ipſo videtur ſenatus auxilio renuntiare; cum alias dolus præſumi poſſit. Et bona igitur hæc connexio eſt; Si mulieri etiam tunc ſuccurritur, cum inſtrumento publico trium teſtium ſubſignatione firmato interceſſit, multo magis ei ſuccurrendum eſt, cum tantum ſimpliciter exceptioni SCti renuntiavit. Non obſtat regula tradita in *leg. pen. C. de pact.* quod unuſquiſque licentiam habet juri pro ſe introducto renuntiare. Illa enim regula officium ſuum perdit, quando vel ætas, vel fragilitas perſonæ, aut alia conſideratio privilegio locum facit, *arg. leg. alia*, 14. §. 1. *ff. ſolut. matrim.* ut recte Alciat. *in leg. pen. Cod. de pact.* Senatus autem cum improbat interceſſionem & inde natam obligationem, opem quidem fert mulieribus, ſed tum propter ſexus imbecillitatem multis captionibus obnoxii, tum etiam intuitu publicæ honeſtatis, eo quod intercedere ſit virile & civile officium, *leg. 1. & leg. 2. ff. ad ſenat. Vell. leg. 2. ff. de reg. jur.* Et alias, ut dixi, prudens ſenatus conſilium nullo negotio eludi poſſet. Fundatur maxime contraria opinio in *leg. ult. §. pen. ff. ad ſenat. Vell.* ubi JCtus ait, ſi mulier pro eo, pro quo interceſſit, parata ſit judicium accipere, ut non in veterem debitorem actio detur, eam cavere debere, ſe SCti exceptione non uſuram. Sed inquam neceſſitas juris in hoc caſu renunciationem admiſit vel potius extorſit. Etenim hoc admiſſo, quod mulier pro debitore recte ſolvit, *l. 4. ff. l. 4. Cod. eod.* conſequens omnino eſt, ut ei liceat & judicium pro debitore accipere liberandi ejus cauſa, quoniam & hoc pro ſolutione eſt, & unicuique licet etiam debitore invito, *l. ſolut.* 23. *de ſolut.* Nimirum ſi vellet ſolvere

mulier,

mulier, audiretur: nunc idem facere vult, ſed prius poſtulat de debito ſibi liquere per judicem, & aperte æquum poſtulat, dummodo de ſolutione futura certus reddatur actor: & ideo ne ille decipiatur, non alia conditione mulierem judicium pro alio ſuſcipientem audiri recte placuit, quam ſi caveat, ſe, ſi condemnetur, auxilio SCti non uſuram, idque in jure apud prætorem ſive magiſtratum, cujus auctoritas eludi non debet. Indicant hoc non obſcure extrema, *d. l. ult. §. pen.* verba, *& ſic ad judicem ire*, i. poſt renuntiationem in jure apud prætorem factam ire ad eum judicem quem prætor dediſſet, ex uſitato & ordinario more judiciorum. Fallitur veteris ordinis judiciarii ignorantia Andreas Fachinæus *lib. 2. contr. 59.* dum hunc locum etiam de cautione extra judicium ſive non in jure facta accipi poſſe putat. Neque enim protinus ad judicem ibatur: ſed prætor prius adeundus erat judicii conſtituendi gratia, quo demum conſtituto & facta litigandi poteſtate ibatur ad judicem, quem prætor dederat, judicii inſtituendi & contendendi cauſa. Qua de re conſulendi antiquitatis indagatores, Briſſonius, Hotomannus, Sigonius, &c.

C A P U T XLIX.

An etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat?

COMPENSATIO eſt debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. ff. de compenſat.* verbi cauſa, tu mihi debes centum ex cauſa mutui, ego viciſſim tibi debeo tantundem ex cauſa emptionis: agis mecum & petis centum iſta, quæ tibi debeo ex cauſa emptionis, ego peto, ut compenſatio fiat ejus pecuniæ, quam ego tibi debeo, cum ea pecunia, quam tu mihi debes ex cauſa mutui. Hæc contributio dicitur compenſatio. Ut autem compenſationi ſit locus, exigitur, ut quantitas ſeu pecunia utrinque debeatur. Omnino enim probamus ſententiam vulgo receptam, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, nec pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe, multoque minus ſpeciem cum ſpecie. Idque vel etymologia verbi ſatis confirmat, quo nihil aliud, quam debitæ invicem pecuniæ contributio ſignificatur: niſi forte quis abuſive loquatur, eoque verbo intelligat retentionem, quod feciſſe videtur JCtus in *l. in rebus*, 18. *§. ult. ff. commod. & leg. 7. §. ob donationes, 5. ff. ſolut. matrim.* Utique non poteſt dici æqua præſtatio ac tantundem reddi, niſi cum res quantitate conſtantes eadem quantitate redduntur vel mutuo imputantur. Quod ſi in aliis rebus, quam quæ functionem in genere ſuo recipiunt, compenſatio admittatur, aliud cum alio compenſari poterit, quod non magis licere debet, quam aliud pro alio invito creditore ſolvere, *arg. leg. 4. Cod. de compenſ.* junct. *leg. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Non inquam magis, quam ut quis cogatur rem ſuam vendere, aut alienam emere, aut ſuam cum aliena permutare: & faciunt huc textus in *leg. ſi convenerit*, 18. *pr. ff. de pign. act. leg. 4. leg. ſi debeat*, 22. *ff. de compenſ. leg. 4. Cod. eod.* Paul. 2. *ſent.* 5. Mercer. 1. *opin.* 14. Zanger. *de except. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 108. late Schifordig. *lib.* 1. ad Anton. Fab. *tract.* 2. *& ſeqq.* Doncll. *ad* §. 30. *Inſtit. de act. num.* 12. *& lib.* 16. *comm. cap.* 15. Tulden. *in Cod. de compenſ. num.* 3. Itaque quod dicitur in omnibus actionibus compenſationem opponi poſſe, ſic intelligendum eſt, ſi res debita non impediat, & ponendi termini habiles, ſcilicet cum utrinque pecunia debetur; alias enim opus eſt mutua pactione ſeu reconventione, ut nunc loquuntur, *leg. 14. & auth. & conſequenter, Cod. de ſent. & interlocut.* Cæterum hæc miſſa facio, & ad quæſtionem propoſitam accedo. Cum compenſatio ſit debiti & crediti mutua contributio, quæſitum eſt, an cujuſvis debiti nomine compenſatione uti liceat, & nominatim an debitor conventus a creditore ſuo, qui viciſſim ei obligatus eſt, ſed naturaliter tantum, naturale hoc debitum cum alio naturali & civili ſimul compenſare poſſit. Quin debitum, quod cum effectu peti poteſt, compenſari cum alio queat, nulla dubitatio eſt: ſicut ex converſo, quod ſummo jure debitum per exceptionem perpetuam poteſt removeri, puta pacti conventi, rei judicatæ, jusjurandi, &c. ad compenſationem non pertinere in confeſſo eſt, *leg. quæcunque*, 14. *de compenſ.* utpote cujus etiam per errorem ſoluti repetitio datur, *leg. ſi non ſortem*, 26. §. 3. *leg. qui exceptionem*, 40. *ff. de cond. indeb. cum ſimil.* Tantum quæritur de debito naturali, an id etiam in compenſationem deduci poſſit. Et puto poſſe: nam cum hujus debiti, licet per errorem ſoluti, non ſit repetitio, conſequens eſſe poſſe hoc ipſum & cum alio quovis debito compenſari. Ratio eſt, quia compenſatio non alia de cauſa debitorem liberat, quam quod & ipſa numerationem quamdam brevi manu continet, & pro ſolutione ipſo jure habetur, *leg 4. C. de compenſ. leg. 10. ff. eod. leg. 4. ff. qui pot. in pign.* Et ſecundum hoc diſerte ab Ulpiano reſponſum eſt, etiam id, quod naturaliter debetur, in compenſationem venire, *leg. 6. ff. de compenſ.* Nimirum compenſatio ſpecies quædam eſt defenſionis & quodammodo exceptionis, paritque retentionem, qui unus eſt ex effectibus naturalis obligationis, *leg. 4. leg. ob negotium, ff. eod.* Et toto errant judicio, qui compenſationem referunt ad merum jus civile, cum ea potius mera nitatur æquitate: unde

æqui-

Digitized by Google

æquitas compenſationis, *leg. in rem*, 18. *ff. leg.* 5. *leg.* 6. *Cod. eod. leg. inter*, 36. *ff. de admin. tut.* Non deſunt tamen, qui ſimpliciter negant naturale debitum compenſari poſſe cum eo quod naturaliter & civiliter ſimul debetur. Sed utuntur illi exemplis a ſtatu controverſiæ alienis, & inſcite admodum argumentantur. Etenim naturale debitum hic intelligi oportet non quodvis, quod natura debetur, non quod totum aut quoad effectus principales deſtituitur juris civilis auxilio, quale eſt mulieris intercedentis, prodigi promittentis, filiiſfam. mutuam pecuniam accipientis, pupilli ſine auctoritate tutoris contrahentis, quod oritur ex voluntate teſtatoris munus ſolenni, &c. cujuſmodi obligationem naturalium exempla illi proferunt (dubites, an bona fide, quia nemini unquam in mentem venit ex obligatione naturali, ſic deſtituta jure civili, ut etiam quod ex ea per errorem ſolutum eſt, poſſit repeti, admittere compenſationem) ſed tale, quod ex conventione deſcendens eoſdem effectus etiam jure civili habet, quos habet naturale & civile debitum ſimul, una actione excepta; & adeo cujus nec per errorem ſoluti repetitio eſt, quale ſcilicet debitum ſeu naturalem obligationem auctores juris paſſim intelligunt, cum ajunt aut negant aliquem naturaliter obligari, *leg. naturaliter*, 13. *leg. ſi pœna*, 19. *leg. frater a fratre*, 38. *leg. quod pupillus*, 41. *leg. ſi quod*, 64. *ff. de cond. indeb leg. naturales*, 10. *leg. pupil.* 59. *ff. de oblig. & act. leg.* 5. §. 2. *ff. de ſolut. & ſimilib.* Finge igitur uſuras fœneris pecuniæ pacto promiſſas, hæ etſi exigi non poſſunt, ſolutæ tamen non repetuntur, quoniam naturaliter ex conventione debentur, *leg.* 3. *Cod. de uſur.* ac proinde etiam alio debito compenſari poterunt. Finge patrem pecuniam credidiſſe filio, quem in poteſtate habebat, vel fratri ὁμοπατρίῳ, hic neque filius patri, neque frater fratri civiliter obligatur, ſed naturaliter duntaxat, *leg. frater a fratre*, 38. *ff. de cond. indeb.* ſi tamen is filius poſtea emancipatus cum patre aut fratre contrahendo eos civiliter obligaverit, & debitum petat, recte pater aut frater compenſabunt pecuniam a ſe creditam propter obligationem naturalem, *dict. leg.* 6. *ff. de compenſ.* Similia exempla peti poſſunt ex *leg.* 6. §. *ficus autem*, 4. *ff. de pecul. leg. l. natural*, 13. *ff. de cond. indeb. l. ſervus*, 14. *ff. de oblig. & act.* Nihil plane pro contraria ſententia facit, quod Javolenus reſpondet in compenſationem non venire, quæ per exceptionem perimi poſſunt, *leg. quæcunque*, 14. *de compenſ.* Nam quæ (malum) hæc argumentatio eſt; Quod per exceptionem perimi poteſt, in compenſationem non venit, ergo nec quod natura debetur. Si hoc procedit, etiam illud procedit; Quod per exceptionem perimi poteſt, ejus per errorem ſoluti eſt repetitio, *leg. qui exceptionem*, 40. *leg. ex his*, 54. *ff. de cond. indeb.* Ergo & debiti naturalis. Quis unquam fando audivit procedere argumentum a vero indebito, eoque, quod vi ipſa nullo jure debetur, *leg.* 3. §. 1. *ff. de conſt. pec. leg. nihil*, 112. *ff. de reg. jur.* ad debitum verum & naturale, ad quod ſolvendum jure gentium adſtringimur, *leg. cum amplius*, 84. §. 1. *ff. de reg. jur.* licet jure civili exigi nequeat? denique a remotione iniqui ad remotionem æqui? Sic dicam, debitum civile tantum non poteſt conſtitui, *dict. leg.* 3. §. 1. *de conſt. pec.* ergo nec debitum naturale, contra textum expreſſum in *leg.* 1. §. *debitum*, 7. *eod. tit.* Denique quid tam ridiculum, dicam an ſtultum, quam ſic argumentari: Si id quod natura non debetur, non poteſt compenſari, ergo nec id compenſari poteſt, quod natura debetur? hæc tamen eorum collectio eſt. Præterea naturale debitum vi exceptionis non perimitur, ſed ob defectum actionis non petitur: longeque aliud eſt debitum, quod peti non poteſt, non tam jure deficiente, quam actione: aliud quod peti quidem ſummo jure poteſt ſed non cum effectu propter exceptionem. Illud enim vere debetur, & ſine exceptione, quamvis exigi jure civili non poſſit: hoc autem vi ipſa pro non debito eſt, *leg. Marcellus*, 66. *leg. nihil*, 112. *ff. de reg. jur.* Quod vero ajunt naturale debitum per exceptionem utique late dictam, quæ facti & intentionis interpretibus vocetur, perimi, oppido quam indoctum eſt. Nam allegationes illæ reorum, quæ vulgo exceptiones facti dicuntur, nihil aliud ſunt, quam inficiationes conjunctæ cum novi facti affirmatione; veluti ſi quis judicio conventus ex ea cauſa, ex qua actio jure competit, neget ſe debere, propterea quod actio illa ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu: cujuſmodi affirmatio cum in judicium deducatur, ac proinde a debitore probanda ſit, *leg.* 1. *Cod. de probat.* prope abeſt a natura exceptionis. Nemini autem interpretum vel per ſomnium unquam in mentem venit, ut putaverit idem locum habere etiam in debito naturali, in quo qui ſe fundat, nec habet actionem, nec unquam habuit, & quo caſu debitor de facto conventus, nihil ſit affirmaturus, nihil in judicium deducturus, nec probaturus, ſed ad defenſionem ſuam ſimplici uſurus inficiatione, ideſt, negaturus ullam actori proditam actionem de eo, quod petitur. Quid quod ridicule juberet prætor de eo apud judicem quæri, quod ſibi exploratum & apud partes confeſſum eſt? Verus debitor, inquiunt, etiamſi ſententia judicis abſolutus ſit, naturaliter tamen obligatus manet, & ideo ſi neglecta rei judicatæ exceptione ſolverit, non repetit: utrumque verum eſt, *leg. Julianus*, 60. *ff. de cond. ind.* addunt, nec cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet, compenſat. Quod quid ſit, non capio. Quid enim hoc monſtri eſt, debitor

Digitized by Google

tor quod naturaliter tantum debet, non compenſat cum eo, quod ex alia cauſa naturaliter & civiliter debet? An debitor ipſe ſecum penſat? aut an is, qui naturaliter debet, penſat cum alio? Nemo ſanus hoc dixerit: ſed is, cui naturaliter debetur, judicio conventus poteſt hoc debitum penſare cum eo, quod ipſe civiliter petitori debet: & ſic naturalis debitor patitur compenſationem, perindeque habetur, ac ſi ſolviſſet. Nihil præſidii habent in *leg. 2. Cod. de compenſ.* Illic enim non agitur de debitore abſoluto, ut imperite illi, ſed de condemnato, qui & judicatum fecerat; negaturque hunc ab eodem creditore ex alia cauſa conventum compenſare poſſe, quod ante ex cauſa judicati ſolvit. Ratio eſt, quia qui ex hac cauſa ſolvit, non indebitum, ſed debitum ſolvit, cujus ſoluti nulla repetitio eſt, ut ibidem ſignificatur. Et hactenus verum eſt, quod ajunt, quod ſolutum non repetitur, in compenſationem deduci non poſſe: nullum enim verum debitum, quod ſemel ſolutum eſt, aut repetitur, aut in compenſationem deducitur. Qui ex cauſa judicati quod debet, ſolvit, is nec repetere ſolutum, nec ex alia cauſa a creditore conventus compenſatione uti poteſt: cæterum ſi ante ſolutionem judicati conveniatur, compenſationem pecuniæ ſibi ex alia cauſa debitæ implorare non prohibetur, *dict. leg. 2. Cod. de compenſ.* Quod ſi hæc eorum ſententia eſt, cujus debiti ſoluti ceſſat repetitio, ejus nondum ſoluti nec eſſe compenſationem, jam nullum verum debitum compenſari cum alio poterit, quia nullius veri debiti ſoluti repetitio eſt. Ejuſdem commatis eſt & hæc eorumdem argumentatio; ex naturali obligatione nulla naſcitur actio: at qui compenſatione utitur: agere videtur & mutuo petere, *leg. ampl. 15. rat. rem hab. leg. 6. de compenſ.* ergo debitum naturale cum alio debito compenſari non poteſt. Perinde enim hoc eſt ac ſi hoc modo colligerem; Qui non poteſt agere, non poteſt excipere, quia qui exceptione utitur, agere videtur, *leg. 1. ff. de except.* aut ita ex *dict. leg. ampl.* Ex naturali obligatione nulla naſcitur actio, ergo nec ſolutum ex naturali obligatione accipi & retineri poteſt, quia qui ſolutum, licet ſine judicio, accipit, petere videtur. Item, qui non poteſt agere, non poteſt deducere, quia qui deductione utitur, petere videtur, *dict. leg. amplius*. Quis hæc aut ſimilia non explodat? Quærit JCtus in *dict. leg. amplius*, quando ſtipulatio hæc, *amplius non peti*, commiſſa intelligatur: & ait eam committi non tantum cum res judicio petita eſt, ſed etiam cum ſine judicio, forte ab ignorante, pecunia ſoluta eſt: ubi tamen revera nulla petitio intervenit: nempe quia qui promiſit amplius non peti, vi ipſa contra ſtipulationem facit pecuniam accipiendo: eandemque rationem eſſe ait ejus, qui compenſatione aut deductione utitur quia & is petere videtur quanquam retinendo: idque probat exemplo heredis damnati non petere. Minime vero novum eſt, ut ei, qui ultro agere aut petere non poteſt, actione ab alio inſtituta ex æquitate officio judicis ſuccurratur, & tantum conſequatur per exceptionem, aliamve defenſionem aut retentionem, quantum conſequetur inſtituta, ſi quam haberet, actione, *leg. plane, 38. ff. de hered. petit. leg. ſumptus, 48. ff. de rei vind. leg. ex quibus, 51. ff. de cond. in d. leg. Paulus, 14. de dol. mal. exc. leg. hæres, 21. ff. ad ſenat. Trebell. leg. 4. Cod. de uſ.* In compenſatione autem eſt defenſio & retentio, *leg. 4. leg. ob negotium, 20. ff. de compenſ.* Nec melior hiſce argumentis eſt eorum reſponſio ad locum Ulpiani in *leg. 6. ff. eod.* ubi aperte & rotunde juriſconſultus pronuntiat etiam quod natura debetur, in compenſationem venire. Ajunt enim locum iſtum reſtringendum eſſe ad caſum ſpecialem, quo naturale debitum etiam ultro peti, & invito extorqueri poteſt, quale ſit pupilli, locupletioris facti ex contractu ſine tutoris auctoritate inito, *arg. leg. 5. pr. ff. de auct. tut.* Quaſi vero Ulpianus ſic generaliter definiens de hoc uno tantum caſu ſomniaſſet; aut ex quo Divus Pius etiam actionem in pupillum dedit, in quantum locupletior factus eſt, non ſimul civilis eſſe cœperit hæc pupilli obligatio, *arg. pr. & §. 1. Inſtit. de oblig. §. 3. Inſtit. de act. l. 6. ff. de pact.* aut ante Divum Pium locupletior factus naturaliter obligatus non fuerit, aut non ita, ut pati debuerit compenſationem: cum tamen propter ſummam hujus naturalis obligationis æquitatem ſolutum condicere non potuerit, *leg. naturaliter, 13. §. 1. cum leg. ſeq. ff. de cond. indeb.* cui omnino conſequens, ut & compenſationem admittere debuerit, per ea, quæ allegata ſuperius. Unum adhuc removendum ſupereſt, quod fere prætericram, nempe quod ex eo, quod compenſatio definitur debiti & crediti contributio, inferunt æquale utrinque debitum & creditum intelligi oportere. Hoc, inquam, non plus ponderis, quam cætera, habet. Nam æquale debitum haberi debet, quod æquali jure cum debito naturali & civili ſimul, in cauſa, de qua agitur, cenſetur, ut hic in cauſa compenſationis. Sic in cauſis conſtitutæ pecuniæ, condictionis indebiti, fidejuſſoris, &c. nihil intereſt naturale ſit debitum tantum, an & civile, *leg. 1. §. pen. de conſt. pec. leg. naturaliter, 13. ff. de cond. ind. leg. 6. §. 2. & leg. 7. ff. de fidejuſſ.* & creditorum loco habentur etiam, quibus natura tantum debetur: etiamſi non idem ſit in aliis cauſis, veluti ut mitti poſſint in poſſeſſionem, & bona debitoris poſſidere ſine metu calumniæ, quo pertinet *lex creditores, 10. ff. de verb. ſignif.* & bene Cujacius & alii in *comment. ad dict. locum* obſervaverunt. Quare non obſtat DD. axioma,

Digitized by Google

quod determinatio reſpiciens plura determinabilia æqualiter determinat, *arg. leg.* 4. §. 2. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Hoc enim tunc procedit, quando determinatio communis in uno unum tantum effectum, in altero plura & diverſa producere poteſt, ne alias oriatur abſurdum ſeu ἀκατάλληλον, ut in ſpecie *dict. leg.* 4. §. 2. quod non fit in caſu noſtro, ubi utriuſque eadem vis & par effectus eſt.

CAPUT L.

An reus compenſationem ex cauſa non liquida per modum exceptionis initio litis opponens, audiendus ſit?

UTRUM cujuſcumque debiti ad quodcunque ſive liquidum ſive non liquidum jure veteri admiſſa fuerit compenſatio, ut vult Donellus *ad* §. *in bonæ*, 30. *Inſtit. de act. num.* 7. an liquidi duntaxat cum liquido, ut Cujacius *lib.* 8. *obſ. cap.* 16. & *lib.* 15. *cap.* 12. ſupervacuum eſt diſputare, cum certum ſit hodie ex conſtitutione Juſtiniani eas duntaxat compenſationes admitti, quæ ex cauſa liquida objiciuntur, *leg. ult. Cod. de compenſ. dict.* §. *in bonæ*, *Inſtit. de act.* ſed nimirum hoc effectu, ut oppoſitæ ipſo jure actiones minuant, ut iiſdem locis expreſſum eſt; & pro ſoluto retro habeantur, *leg.* 4. *Cod. eod. tit.* ac conſequenter, ut quovis tempore opponi poſſint, etiam poſt rem judicatam in executione ſententiæ, *dict. l. ult.* junct. *dict. leg.* 2. *C. eod.* Cauſam liquidam interpretamur, cum apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit, & compenſationem implorat, *dict.* §. *in bonæ. Inſt. de act.* Id autem ita ſit, ſi cauſa debendi & juſta eſt & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter & expedite probari poſſit. Zanger. *part.* 3. *de except. cap.* 8. *num.* 85. & *ſeq.* Cacher. *deciſ.* 129. *num.* 13. Menoch. 2. *arb. quæſt. cent.* 1. *caſ.* 14. ubi in hac re nonnihil judicis arbitrio tribuendum exiſtimat, in quo illi facile aſſentior. Liquidum debitum & illud exiſtimandum, quod juris tantum quæſtionem habet, veluti ſi quæratur an in contractibus bonæ fidei uſuræ debeantur ex mora? Hæc enim quæſtio certo jure definita eſt *l. mora*, 32. §. 2. *ff. de uſur. leg.* 2. *Cod. depoſ.* Non liquidi autem cum liquido compenſationem non admittit Juſtinianus: ſed tum alii judicio rem reſervari jubet, ne ſcilicet creditori fiat injuria, ſi debitori, qui initio tacuit, jam convicto aut pene convicto concedatur, ut confugiat ad defenſionem compenſationis ex cauſa, de qua non liqueat, & quæ altiorem requirat indaginem *dict. leg. ult.* §. 1. *vſ. hoc itaque Cod. de compenſ.* videſis Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 231. & *vol.* 3. *deciſ.* 38. Zanger. *ubi ſup. num.* 101. & *ſeq.* Illud autem quæritur, an reus audiendus ſit compenſationem ex cauſa, quamvis non liquida objiciens, ſi eam per modum exceptionis initio litis opponat, eamque conteſtetur? nam ad hunc caſum non videtur pertinere Juſtiniani conſtitutio. Quippe Juſtinianus loquitur de compenſationibus, quæ fiunt ipſo jure. Sic enim initio cavet, compenſationes ex omnibus actionibus ipſo jure fieri ſancimus. Atque ad hanc ipſam conſtitutionem temperandam pertinet, quod ſubjicit de cauſa liquida, nempe in hujuſmodi compenſationibus, quas vult fieri ipſo jure, id eſt, tunc cum ab initio litis non oppoſita & conteſtata compenſationis exceptione, poſtea inter moras judicii intentione actori jam probata objicitur compenſatio, exigere ſe, ut cauſa, ex qua objicitur, ſit liquida. Sed & in eo temperamento nominatim eam compenſationem, quæ non ſit ex cauſa liquida, ideo repudiat, quia poſt multa forte certamina & reo jam pene convicto demum opponitur: unde ſic recte colligi videtur, ſi quis initio litis & ante omnem diſceptationem utatur exceptione compenſationis, licet ex cauſa non liquida, conſtitutionem ceſſare, eamque non pertinere ad compenſationes, quæ in exordio litis opponuntur, actionemque non ipſo jure, ſed per exceptionem minuunt, *arg. leg.* 1. *pr. ff. de off. ejus cui mand. juriſd.* Et vulgo quidem cum Accurſio id admittunt interpretes, ſi debitor a creditore conventus ſtatim debitum agnoſcat, dicatque ſibi viciſſim tantumdem a creditore deberi; atque hac defenſione adverſus intentionem creditoris utatur. Sed quid ſi reus initio neget ſe debere, & tamen dum de eo dubitat, utatur ſimul exceptione compenſationis, ut dicat, etſi deberet, tamen ſibi tantumdem ex hac aut illa cauſa viciſſim ab actore deberi, eamque exceptionem conteſtetur, an hic ſi actor probaverit ſibi pecuniam, quam petit, deberi, nihilominus reus jam poſt longa forte certamina convictus, redire poterit ad exceptionem compenſationis, quam initio conteſtatus eſt, & ad eam probandam admittetur, quamvis cauſa, ex qua compenſatio objicitur, non ſit liquida? Adhuc dicimus audiendum eſſe & ad probationem admittendum. Atque hæc ſententia multis argumentis probari poteſt. Nam primo conſtat olim ex reſcripto Divi Marci compenſationes admiſſas fuiſſe oppoſita doli mali exceptione. Hoc quidem jus hactenus mutat Juſtinianus, ut actionem quamcumque ipſo jure minuat compenſatio, ſi aperto jure nitatur: non autem ſi fiat ex cauſa non aperta nec liquida: igitur hoc caſu intelligitur velle manere jus antiquum, *arg. leg. præcipimus*, 32. *Cod. de appellat.* At certum eſt jure veteri exceptionem initio conteſtatam licuiſſe intra quodvis tempus, dummodo idoneum, probare, *leg. ſiquidem*, 9. *Cod. de except.* Secundo non rejicit Juſtinianus compenſationem debiti non liquidi ſimpliciter; ſed

ita ſi poſt multa certamina longamve diſceptationem a debitore jam convicto aut pene convicto opponatur: ergo ex contrario, ſi in id tempus objectionem compenſationis non diſtulit, ſed ſtatim initio litis eam oppoſuit, quamvis ex cauſa minime liquida adhuc, audiendus poſtea erit. Tertio idem evincitur ex verbis conſtitutionis, quibus Juſtinianus jubet, ut judices ſtricto jure utantur adverſus eos debitores, qui jam convicti aut pene convicti compenſationem debiti non liquidi opponunt. At ſtricti juris ratio nihil amplius exigit, quam ut exceptio initio litis conteſtetur, ſi quis eam poſtquam actor intentionem ſuam probavit, ante ſententiam ad diſceptationem velit opponere & probare, *l. 9. C. de præſcr. long. temp. l. 8. l. ult. C. de except.* Quarto ſi alia exceptione debitor conventus utatur, puta pacti conventi, jurisjurandi, rei judicatæ, &c. convenit inter omnes, ſi eam initio oppoſuerit, audiendum eum eſſe intra quodcumque tempus eam probet: neque diſtinguitur, utrum initio confeſſus fuerit ſe debere, & exceptionem ſolummodo oppoſuerit; an debere ſe negaverit, & tamen ſi convinceretur debere, exceptionem aliquam objecerit, *l. in exceptionibus*, 19. *ff. de probation.* junct. *d. l. 9. C. de excep.* Idem ergo dicendum, ſi utatur exceptione compenſationis, quæ eſt juſtiſſima. Quinto & poſtremo, ſi is, qui conventus negat ſe debere, & tamen dicit, ſi debet, ſe ſolviſſe, etiam poſtquam convictus eſt, auditur ſolutionem probare volens, quamvis ſolutio non ſit liquida, *l. 1. C. de probat.* & ibi Sichard. poſt alios *num.* 3. idem etiam in compenſatione initio oppoſita admittendum, etſi debitor primo neget ſe debere: quoniam compenſatio pro ſolutione eſt, *l. 4. C. de compenſ. l. 4. ff. quæ pot. in pign.* ita Donell. *ad l. ult. C. de compenſ. & ad §. in bonæ*, 30. *Inſt. de act. n. 5.* Mudæ. *ibid. num.* 15. Zanger. *de except. p. 3. cap. 8. n.* 104. *& ſeq.* & facit huc textus in *l. 1. ff. de compenſ.* Unum eſt, quod tot & tam efficacibus argumentis objicitur, nempe Juſtinianum ſanxiſſe, ut omnis compenſatio ipſo jure actionem minuat: quod tamen falſum eſſe aperte liquet ex iis, quæ ex tenore ipſius conſtitutionis Juſtiniani, atque ex verbis, *§. in bonæ*, 30. *Inſt. de actionib.* elicuimus. Ad argumenta autem ipſa nihil ſolidi, aut quod confutatione dignum ſit, reſpondetur.

CAPUT LI.

An depoſitarius propter impenſas neceſſarias retinere depoſitum poſſit?

QUI rem aliquam depoſuit, hoc eſt, alteri cuſtodiendam dedit, is eam rem quovis tempore repetere poteſt, & reddenda eſt etiam ante tempus conſtitutum repetenti, *l. 1. §. pen. & penult. ff. depoſ.* Nam cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt, quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat: & ne ulla mora interponeretur reddendi depoſiti, ne compenſationis quidem nomine actioni depoſiti quicquam objici voluit Juſtinianus, licet in cæteris actionibus defenſionem compenſationis debitæque & creditæ inter ſe quantitatis contributionem admittat; *leg. ultim. Cod. de compenſ. §. in bonæ*, 30. *Inſtitut. de action.* Cæterum ſi quid depoſitario per cauſam & occaſionem rei, quam cuſtodiendam acceperat, abeſſe contigerit, poterit id conſequi contrario judicio depoſiti, quo ultro de indemnitate ſua cum deponente ei experiri licet, *leg. 5. ff. depoſ.* Sed quid ſi depoſitarius impenſas in rem depoſitam fecerit, poteritne ob hanc cauſam depoſitum retinere, donec refundantur? & ſiquidem utiles tantum fecerit impenſas, vix id amiſerim; cum ad officium depoſitarii non pertineat hujuſmodi ſumptus facere. Nec puto poſſe etiam contrario judicio has impenſas petere, *argum. leg. unic. §. taceat*, 5. *verſ. ſed nec ob impenſas*, *Cod. de rei ux. act.* Cæterum ſi neceſſarias fecerit, id eſt, tales, quæ niſi factæ eſſent, res aut interitura fuiſſet, aut deterior futura, propter hujuſmodi impenſas concedendam eſſe depoſitario retentionem rei depoſitæ affirmant Placentinus, Cynus, Bald. Salic. Caſtr. in *leg.* 11. *Cod. depoſ.* quibus aſſentior. Moveor non una ratione. Primo inter omnes conſtat poſſe depoſitarium impenſas neceſſarias petere & conſequi, judicio contrario ſive contraria depoſiti actione: Quicquid autem contrario judicio peti & obtineri poteſt, id etiam per retentionem ſervare poteſt, qui directo judicio convenitur, *leg. in rebus*, 18. *§. ultim. ff. commod. leg. 15. §. 2. leg. ſi is qui*, 59. *ff. de furt.* At obſtare creditur, *leg. ultim. Cod. de commod.* ubi Imperatores negant prætextu debiti reſtitutionem commodati recuſari poſſe: nam ſi hoc verum eſt, multo minus recuſari ob eandem cauſam poterit reſtitutio depoſiti, *argum. leg. 11. Cod. depoſ. leg. ult. Cod. de compenſ.* Sed nos non dicimus rem commodatam aut depoſitam, prætextu debiti ex diverſa cauſa nati, poſſe retineri: verbi gratia, ſi commodator aut qui depoſuit decem ex cauſa mutui debeat commodatario aut depoſitario, poſſe eos obtentu hujus debiti reſtitutionem corporis commodati aut depoſiti recuſare, quod vetant Imperatores in *dict. leg. ultim. Cod. commod.* quippe quo caſu nec locus eſt contrario commodati aut depoſiti judicio: & generaliter tenendum eſt, non poſſe creditorem, cui ſine pignore pecunia debetur, rem debitoris pro eo, quod ſibi debetur, retinere, *leg. unic. Cod. etiam ob chirogr. pec.* Donell. *in dict. leg. ult. num. 3. & ſeqq.* Cujac. *in not. ad §. in bonæ*,

bone, 30. *Inſtitut. de act.* qui tamen alibi pro *commodati in leg. ult.* vult reponi *commendati*, *lib. 9. obſerv.* 37. quamquam perperam, quod nunc omitto. Vid. Gilbert. Reg. *lib. 1. opin. cap.* 14. Sed hoc dicimus, poſſe commodatarium, aut depoſitarium id quod contrario judicio conſequi poſſunt, (poſſunt autem eo judicio conſequi quod occaſione ejuſdem contractus iis abeſt; & vel maxime impenſas neceſſarias) etiam poſſe per retentionem rei, quaſi quæ pignoris loco ſit, ſervare, *leg. 15. in fin. ff. de furt. leg. ſi quis rem*, 20. & ibi Gothofr. *ff. de acq. poſſeſſ.* Deinde ceſſat hic plane ratio, ob quam Juſtinianus compenſationem & retentionem in cauſa depoſiti prohibet, ſcilicet ſuſpicio & præſumptio perfidiæ; quæ nulla eſſe poteſt, ubi neceſſariæ impenſæ factæ ſunt. Quid quod tacite id actum videri debet, ut depoſitarius has impenſas faciat, cum ſine iis futurum ſit, ut res pereat? Denique impenſæ neceſſariæ quodammodo partem rei conſtituunt, & tantum de re, in quam fiunt detrahere videntur, quantum in eam impenſum eſt, ut proinde & jus aliquod in re tribuant facienti, *argum. leg. plane*, 38. *ff. de hered. petit. leg. 5. ff. de impenſ. in rem dotal. fact.* Quamobrem non obſtant conſtitutiones Juſtiniani in *d. l.* 11. *C. depoſ. & leg. ultim. Cod. de compenſ.* quibus depoſitarius non ſolum jubetur confeſtim reddere depoſitum, ſed etiam ut reddat, ſine ulla exceptione aut defenſione, quæ ad compenſationem vel retentionem ſpectent. Nam textus iſti accipiendi ſunt de compenſatione vel retentione, quæ fit ex diverſa cauſa, & ad illos caſus pertinent, in quibus depoſitarius jus in re non eſt adeptus, quod conſequitur per impenſas neceſſarias, quo caſu quaſi pignoris loco res eſſe incipit, *l. creditoris*, 15. *§. 2. ff. de furt.* Diſſent. Donell. *in dict. leg. 11. num. 9. C. depoſ.*

CAPUT LII.

An præter dolum etiam culpam, & quam culpam præſtet procurator, ſeu mandatarius.

QUI negotia aliena mandatu domini gratis gerenda ſuſcepit, is in jure noſtro & apud bonos auctores procurator appellatur, ſive negotia illa ſint forenſia & judicialia; ſive quævis alia extra judicialia, *tit. ff. & C. de procur. & mand. vel. cont.* Interpretes vulgo etiam mandatarium vocant, præſertim eum, qui negotia adminiſtrat extra judicialia: procuratoris autem nomine eum fere intelligunt, cui commiſſæ lites & negotia forenſia. Cujus rei cauſam eſſe puto, quod jam a multis annis procuratores appellari cœperint ii ſoli, qui mandatum ad agendum & lites exercendas habent. Cæterum nomen mandatarii non memini me vel apud noſtros vel apud alios auctores legiſſe. Non ideo tamen abſtinebo eo nomine, ſed utroque utar promiſcue, ne nimia verborum curioſitas mihi objiciatur. Neque vero etiam omnem, qui mandatum ſuſcepit, velim procuratorem appellare; verbi cauſa, non eum, qui mandatu meo pro me fidejuſſit. Jam ut ad rem propoſitam veniam, quæri ſolet circa obligationem procuratoris ſive mandatarii de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum adminiſtratione mandatarius præſtare debeat?

De dolo & lata culpa non dubitatur. Nullus enim contractus eſt, qui dolum malum non recipiat, ſive in quo non præſtetur dolus, *leg. 5. §. 2. ff. commod. leg. contractus*, 23. *ff. de reg. jur.* & ſicut dolus in omnibus contractibus præſtatur, ita placet & latam culpam in omni contractu præſtari, quia dolo & fraudi proxima eſt, & juris interpretatione dolum repræſentat, *leg. ſi fidejuſſor*, 29. *ff. mand. leg. quod Nerva*, 32. *ff. depoſ. leg. 7. §. 1. ff. de ſuſpect. tut. leg. 1. §. is quoque*, 5. *ff. de oblig. & act.* cum ſimilibus. Unde eſt, quod quotieſcumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis *ſolum*, *tantum*, *dumtaxat*; ut in *dict. leg. 5. §. 2. ff. commod. leg. 1. §. ult. ff. depoſ. & dict. leg. 23. ff. de reg. jur.* ubi depoſitum & precarium dicitur dolum dumtaxat recipere; non ideo tamen lata culpa excluditur, *dict. leg. quod Nerva*, 32. *ff. depoſ. leg. 1. C. eod. leg. 8. §. 3. ff. de precar.* Omnis igitur controverſia hic eſt de culpa levi, & maxime de culpa leviſſima, quæ paſſim in jure noſtro per oppoſitum indicatur, nempe verbo diligentiæ, quo ſumma ſignificatur & exactiſſima, *dict. leg. 5. §. 2. ff. commod. leg. 1. §. ſæpe*, 35. *ff. depoſ. dict. leg.* 23. *ff. de reg. jur.* Dixeris præter præſtationem doli & culpæ latæ ſive dolo proximæ nihil a procuratore exigendum videri, ſecundum primam definitionem Ulpiani in *dict. leg. 5. §. 2. commod.* eſſe enim procuratorem ſimilem depoſitario, ſeu ei, qui rem gratis cuſtodiendam accepit: utrumque eſſe enim beneficii debitorem, & contemplatione alacrius, illum rem gerendam, hunc cuſtodiendam ſuſcipere: & quod deponenti imputari poteſt, quod negligenti amico rem cuſtodiendam tradidit, *leg. 1. §. is quoque*, 5. *ff. de oblig. & act.* idem imputari poſſe & mandatori, quod negligenti amico rem gerendam commiſit. At depoſitarium præter dolum & culpam latiorem nihil præſtare. Cæterum hanc definitionem in mandato ſequi non licet propter eos locos, quibus expreſſe traditum eſt, mandatarium non tantum de dolo, ſed etiam culpæ nomine teneri, *leg. 8. §. ult. ff. mand. leg. 11. C. eod. dict. leg. 23. ff. de reg. jur.* & apud Licin. Ruffinum in *collat. leg. Moſaic.*

Moſaic. & Roman. t. de depoſ. hæc verba Modeſtini referuntur: *In mandati judicio dolus & culpa præſtatur*. Certum autem eſt, verbo culpæ abſolute poſito aut dolo oppoſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio mandati venire: ſic enim diſerte ſcriptum eſt in *leg. a procuratore*, 13. *Cod. mand* a procuratore dolum & omnem culpam præſtandam eſſe, ſolum caſum improviſum non præſtandum. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenſes, non ad alios aut quemvis mandatarium; utique ad quemvis mandatarium & omnem procuratorem pertinet, quod traditur in *leg. in re mandata*, *Cod. eod.* aliena negotio exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Cui ſimilis eſt locus apud Ciceronem in ea pro Roſcio Amerino, ubi de judicio mandati diſſerens, ait in minimis etiam rebus teneri, qui res mandatas non modo malitioſius, verum etiam negligentius geſſerit. Atque hæc cauſa eſt, cur Ulpianus in *dict. leg.* 5. §. 2. *ff. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo depoſiti, non etiam mandati utatur: & facit huc etiam *leg. ſi mater*, 24. *Cod. de uſur.* Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in depoſito ſervari placet? Nimirum ideo, quoniam cum in negotio gerendo opus ſit diligentia atque induſtria, & is qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui ſuſcipit mandatum, hoc ipſo induſtriam & diligentiam ad rem exequendam neceſſariam in ſe futuram recipere videtur, quod non convenit depoſito: nam ad aliquid cuſtodiendum non diligentia aut induſtria, ſed fide dumtaxat opus eſt. Ex quo jam intelligimus, mandatarium non eſſe comparandum cum quovis depoſitario; ſed cum eo depoſitario ſolum recte comparari mandatarium, qui ultro ſe depoſito obtulit; quem placet omnem culpam præſtare, & ſummam rei cuſtodiendæ adhibere diligentiam, non alia de cauſa, quam quod ultro ſe depoſito offerendo de diligentia ſua & ſolerti cuſtodia promittere videatur, *leg.* 1. §. *ſæpe*, 35. *ff. depoſ.*

Sunt, qui de his præſtationibus ſtatuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii ſeu procuratoris, modo utriuſque utilitatem reſpicit; propterea quod hæc diſtinctio in commodato probata eſt, *leg.* 5. §. 2. *verſ. commodatum autem*, junct. §. *interdum*, 10. *leg. in rebus*, 18. *in fin. pr. ff. commod.* Nempe ergo, ſi his credimus, ubi mandatum ſolius mandantis gratia intervenit, dolus dumtaxat & culpa lata præſtabitur: ubi utriuſque gratia, etiam culpa levis: ubi ſolius mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum cadere non poteſt: neque quicquam mandato cum commodato hic commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit, §. *tua tantum*, 6. *Inſtit. de mandat.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio eſſe poteſt, niſi quatenus negotium, quod gerendum ſuſcepit, ad alium pertinet, *dict. leg.* 6. & *leg.* 2. §. *ult. ff. eod.* ut proinde cum de obligatione mandatarii, circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantum conſiderari debeat, ut rem alienam gerens: quomodo etiam conſideratur in *leg. in re mandat.* 21. *C. eod.* Plane in iis, quæ negotium commiſſum conſequuntur, bonam fidem præſtare, culpaque & fraude carere ſufficit: uti & cum non adminiſtratio commiſſa, ſed negotium mandatum, quod induſtriam non requirit, veluti fidejuſſio, per *l.* 8. §. *ult. l.* 10. *pr. d. fidejuſſor*, 29. §. *quædam tamen*, 4. *ff. eod.*

C A P U T LIII.

An pactum de inæqualitatibus lucri & damni partibus inter ſocios valeat, ubi æqualis eſt operæ & pecuniæ collatio?

IN coeunda ſocietate facile admiſſa eſt hæc conventio, ut ad unum duæ partes damni & lucri pertineant, ad alterum tertia; idque propter analogiam inæqualitatis partium, tam in damno, quam in lucro, §. 1. *Inſtit. de ſociet.* Immo vix inæqualitatem habere videtur talis conventio: quoniam incertum eſt, lucrum, an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit: neque enim ſemper favente Mercurio negotia procedunt. Illud vero difficulter admiſſum eſt, ut partes lucri & damni diſpariliter conſtituerentur; veluti ſi convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni, tertiam lucri ferret. Nam Quinto Mucio hæc conventio diſplicuit, ut naturæ ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, contraria: ſed a Servio Sulpitio admiſſa eſt: cujus ſententia prævaluit, teſte Juſtiniano §. 2. *Inſtit. de ſociet.* Cæterum Sulpitius non tam improbaſſe videtur ſententiam Mucii, quam temperaſſe: & nimirum, quod Mucius ſimpliciter dicebat, iniquam eſſe hanc pactionem naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe verum non eſſe in omni ſocietate: iniquam quidem eam conventionem videri in ſimplici & æquali collatione rerum ſeu pecuniæ, quod etiam forte ſolum conſideravit Mucius: at iniquam non eſſe, ubi unus pecuniam tantum, alter operam ſimul cum pecunia confert: imo juſtum eſſe hunc meliore conditione in ſocietatem admitti, *dict.* §. 2. *Inſtit. de ſociet.* Igitur ne quidem ex ſententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt ope-

Digitized by Google

operarum & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert ſive pecuniæ, ſive operæ & induſtriæ: quam diſtinctionem & Ulpianum probare evidenter arguit reſponſum ejus in *leg. ſi non fuerit*, 29. *ff. pro ſoc.* Atque ita olim contra Joannem Azo diſputavit, cujus ſententiam interpretes communiter ad *dict.* §. 2. *& ad d. leg.* 29. ſecuti ſunt. Donellus *ad l.* 1. *C. pro ſoc. n.* 23. Gomeſ. 2. *var. reſol.* 5. *n.* 5. Mantic. *lib. 6. de tac. & ambig. conv. tit.* 4. *n.* 9. *& ſeqq.* Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 51.

Sed ut verum fatear, non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio aliquid operetur præter naturam ordinariam contractus, *l. contractus*, 23. *de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte Azonis ſententiæ refragatur, quod generaliter definit Juſtinianus in §. 1. *Inſt. de ſociet.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: hoc enim & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum eſſe argumento eſt, quod in collatione inæquali, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales tacite conſtitutæ intelligantur, nempe pro rata ejus, quod quiſque contulit, per *l.* 6. *l. Mucius*, 30. *leg. quid enim* 80. *ff. pro ſoc.* ſecundum quod Ariſtoteles *lib.* 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin.* ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ, inquit, πλεῖον λαμβάνειν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον. Et vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen cur non poſſit expreſſa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Et quamvis in totum donationis cauſa ſocietas non recte contrahatur, *l.* 5. §. 2. *ff. eod.* dubitandum tamen eſt quin non minus ex parte donationis cauſa contrahi poſſit, quam emptio, venditio, *l. ſi quis*, 38. *ff. de contr. empt.* quod & Mantica *ubi ſupr. n.* 19. videtur admittere. Quapropter exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id, quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quam alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cum ad æquitatem pacti quod contra Mucium admittit, defendendam, ſufficiat id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliam fuiſſe mentem Ulpiani, eum nimiam dumtaxat improbaſſe inæqualitatem in *d. l. ſi non fuerint*, 29. *ff. pro ſocio*. Utut vero ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angelum, Porcium & alios teſtatur Weſembecius ad §. 2. *Inſtit. de ſoc. & in parat. ff. eod. num.* 7. add. Menoch. 2. *arb. jud. quæſt. caſ.* 125.

CAPUT LIV.

An uno pecuniam, altero operam conferente, pecunia communis fiat, & cujus periculo ſit?

ETIAM uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit, *leg.* 1. *C. pro ſoc.* & ita quidem, ut Juſtinianus ait in §. 2. *Inſt. eod.* ut lucrum inter eos commune ſit, quoniam ſæpe opera alicujus tanti eſt, quanti pecunia, juxta illud Plauti in *Aſin*:

> *Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.*

Quod autem de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet, *l. ſi non fuerint*, 29. §. 1. *ff. eod.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur, & negotiatio exerceatur, alter operam dumtaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat, vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. In quo genere ſocietatis quæſitum eſt, an etiam ſors ſeu pecunia, quam alter contulit, communis fiat, & finita ſocietate cum altero, qui ſolam operam præſtitit, ſit dividenda; an vero is, qui contulit, eam percipere debeat, & id ſolum, quod ſupereſt, inter ſocios dividi? Et Cynus, Baldus, Caſtrenſ. Sichard. Donell. & communiter Doctorum *in leg.* 1. *Cod. pro ſociet.* Fachin. *lib.* 2. *controv. cap.* 91. Perez *ad t. Cod. pro ſociet. num.* 8. *& ſeq.* Gail. *lib.* 2. *obſerv.* 24. *num.* 6. Thulden. *ad Inſtit. de ſociet. cap.* 3. reſpondent pecuniam hanc minime communicari, ideoque totam ad eum redire debere, qui eam contulit, & ſolius lucri, quod factum eſt, inter ſocios diviſionem fieri, rationem hanc afferunt; quod in propoſita ſpecie non ea videatur eſſe mens ſocietatem coeuntium, ut pecuniæ collatæ proprietas communicetur, ſed ut uſus operæ cum uſu pecuniæ compenſetur, & lucrum ex utroque percipiendum commune ſit: ſufficere enim debere ſocio operanti, quod lucrum capit ex negotiatione, quod lucrum facturus non eſſet ſine pecunia ſocii. Et quod alias ſumma inter ſocios urgeret inæqualitas, eo quod is qui pecuniam contulit, ſi forte finita ſocietate præter ſortem nihil ſuperſit duplici incommodo afficeretur, ſcilicet, quod & dimidium ſortis collatæ amitteret, & nullum ex pecunia ſua fructum, quem alias conſequi potuiſſet, perciperet. Porro pro firmamento hujus ſententiæ afferuntur duo loci. Primus eſt Ulpiani in *leg. cum duobus*, 52. §. 2. *verſ. ſi in coeunda*, *ff. pro ſociet.* ubi cum unus e ſociis pecus ſuum alteri paſcendum, vel agrum colendum dediſſet in commune quærendis fructibus, pecus vel ager non communicatur, ſed

ejus

Digitized by Google

ejus manet, cujus antea fuerat: ex eo enim quod in *fin. d.* §. 2. ſubjicitur, ſocium quoque culpam præſtare debere, ſi rei communi nocuit, recte colligitur, prius actum fuiſſe de re non communi. Alter locus eſt Juſtiniani in §. 2. *Inſt. de ſociet.* ubi ait ita poſſe coiri ſocietatem, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit, quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Ecce hic pecunia collata non fit communis, ſed lucrum tantum, quod ex negotiatione ſecuta factum eſt, communicatur. Neque obſtat huic ſententiæ, quod ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. C. pro ſocio*, uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem poſſe contrahi: nam & pecuniæ collatio, & operæ cum ea comparatio ad uſum duntaxat pecuniæ, & utilitatem, quæ non modo ex pecunia, ſed etiam ex opera & induſtria percipi poteſt, referenda ſunt. Fachin. Perez. Donell. ubi ſupr.

Ex hac autem quæſtione nata eſt & altera: utrum in hujuſmodi ſpecie ſocietatis damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam? Et ſuperiori ſententiæ omnino conſequens eſt, damnum hoc ad eum ex ſociis pertinere tantum, qui pecuniam contulit. Nam ſi pecunia collata non fiat communis, ſed dominium ejus apud conferentem maneat, juxta ſententiam ſuperiorem, etiam periculum amiſſionis pecuniæ ad eum ſolum pertinebit: cum utique res pereat ſuo domino, *l. pignus*, 9. *Cod. de pign. act.* & qui operas confert, non intelligatur ſe obligare voluiſſe ad damnum ſortis, cum ſufficiat, eum damnum ſuſtinere operarum: cumque ſortis nullum ſentiat commodum, nec incommodum ſentire debeat. Adhæc, ſi dicamus damnum debere eſſe commune, magna induceretur inæqualitas: quippe qui operam confert, duplici afficeretur incommodo, quod & operam amitteret, & præterea ſentiret partem damni in pecunia amiſſa: alter vero non totam ſortem amitteret, ſed partem ſolummodo. Quibus & hoc accedit, quod poſito damnum commune eſſe, is qui pecuniam confert, nullum periculum ſubiret ſortis in totum amittendæ: quod genus ſocietatis prope abeſſe creditur a fœnore & uſuraria pravitate, per *C. plerique*, 14. *quæſt.* 3. Panorm. *in c. per veſtras*, *de donat. int. vir. & ux.* Ita poſt Accurſ. Cyn. Bald. Angel. Caſtr. Fachinæus *libr.* 2. *controv. cap.* 95.

Cæterum, etſi hæc magnam veri ſpeciem habent, non tamen ita ſimpliciter ad ſuperiores quæſtiones reſpondendum videtur: in omnibus enim negotiis primum inſpiciendum eſt, quid actum ſit, *l. ſemper*, 34. *ff. de reg. jur. l.* 3. *ff. de reb. cred.* Et ſiquidem nominatim in coeunda ſocietate cautum fuerit, ut lucri tantum, quod ex quæſtu pecuniæ & operæ mutuo collatæ deſcenderet, communio eſſet, certum eſt, pecuniæ ab uno collatæ non induci communionem, ut in ſpecie, *leg. cum duobus*, 52. §. 2. *uſ. ſi in coeunda*, *ff. pro ſocio*, ſicut ex contrario nemo dubitat, quin ſi expreſſe convenerit, ut pecunia communicaretur, ea communis quoque fiat. Quod ſi de eo dubitetur, inſpiciendum erit, quid tacite & veriſimiliter actum videatur. Non uno enim modo pecuniæ & operæ collatio fit, ſed duplici. Nam aut comparatur opera cum ſolo pecuniæ collatæ uſu; quo caſu verum eſt ſortem domino perire, & ſi ſalva eſt, domino ſalvam eſſe: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ; quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum, quod probabiliter ex ea ſeparari poterat. In altera operæ pretium habendum quaſi ſorti adjectum, & pro eo, quod valet, ipſa ſorte partem habere debet, qui operam præſtat. Atque hinc jam ad ſuperiores quæſtiones quid reſpondendum ſit, facile intelligitur. Fingamus itaque unius operam atque induſtriam tantundem valere, quantum alterius pecunia, ut non uſui tantum pecuniæ collatæ reſpondeat, ſed etiam dominio; nullaque alia conventione interpoſita caſu factum, ut finita ſocietate, præter ſortem ab uno collatam, nihil ſuperſit: dico hic, eum, qui operam æquivalentem ſorti impendit & perdidit, in partem ſortis admitti debere, quaſi id tacite actum ſit, ne alioqui unus e duobus, qui paria contulerunt, totum quod contulit, amittat; alter ſalvum habeat, & ſpe lucri tantum fruſtretur. Fac. *l. ſi id quod*, 58. *pr. &* §. 1. *l. cum duobus*, 52. §. *quidam ſagariam*, 4. *ff. pro ſoc.* & ita cape Gloſſam in *l.* 1. *C. eod. tit.* quam Bartolus commendat, licet plerique improbent. At ex contrario, ſi opera unius tantum reſpondeat uſui pecuniæ ab altero collatæ, id actum videri debet, ut dominium pecuniæ collatæ in ſolidum apud conferentem maneat, & lucri ſolius, quod ex uſu pecuniæ unius & induſtria atque opera alterius ſperatur, communio ſit: ac proinde hoc caſu etiam damnum pecuniæ amiſſæ totum ad conferentem pertinet, per ea, quæ ſupra. Priore autem caſu, cum pecunia communis fiat, & pretium operæ quaſi ſortem augeat, periculum hoc utrumque ſpectare videtur & utrique partem perire tum pecuniæ tum operæ. Ita poſt Petrum a Peruſio, qui judicis prudentiam hic deſiderat, Covar. *lib.* 2. *var. reſol. cap.* 2. *num.* 2. quem laudat & ſequitur Hugo Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. 24.

Digitized by Google

CAPUT LV.

An in emptorem hereditatis tranſeat jus accreſcendi?

NON tantum corporis emptio eſt, ſed etiam juris, puta hereditatis, actionis ſeu nominis debitoris, *tit. ff. & C. de hered. vel act. vend.* Et emptori juris etiam ante ceſſionem datur utilis actio in rem, ſi hereditas vel actio vendita ſit, *leg. ſi cum emptore*, 16. *ff. de pact. leg. ult. Cod. de hæred. vel. act. vend.* quamvis emptori ante traditionem nulla ſit in rem actio: & licet venditor corporis teneatur de evictione: venditor tamen hereditatis aut nominis evictionem non præſtat: ſed ſatis eſt, ſi præſtet hereditatem eſſe, nomen eſſe quale quale, *leg. 4. leg. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hered. vend. leg. ſit plus*, 74. §. *ult. ff. de evict.* Cui conſequens eſt, nec remedio *leg. 2. C. de reſc. vend.* in venditione hereditatis aut nominis eſſe locum. Cum autem emptor hereditatis vicem heredis obtineat, eique reſtituendum ſit, non ſolum quod jam ad heredem ex ea hereditate pervenit, ſed & quod quandoque pervenerit, *leg. 2. §. non tantum*, 4. & §. *cum quis*, 18. *ff. de hered. vend.* quæſitum eſt, an in emptorem hereditatis etiam tranſeat jus accreſcendi. Ponamus L. Titium heredem ſcriptum eſſe ex triente, aut hereditatem legitimam pro triente L. Titio delata, cumque hanc ſuam hereditatis partem vendidiſſe Cajo Sejo. Quæritur ſi coheredes L. Titii portionem ſuam repudiaverint aut alias defecerint, portio defecta ad L. Titium jure accreſcendi pertineat, an ad Cajum Sejum, emptorem hereditatis L. Titio pro parte tertia delatæ, & ab eo venditæ. Duplex autem hic quæſtio moveri poteſt, quæ tanquam una confuſim a pleriſque tractatur; an ipſo jure & recte deficientium portiones accreſcant emptori: ſin minus, an non ſaltem venditor, quod ſibi accrevit, emptori præſtare teneatur actione ex empto. Quantum attinet ad quæſtionem priorem, plane negandum eſt emptori quicquam directo accreſcere. Quippe juri accreſcendi tantum locus eſt inter coheredes, ſeu heredes ejuſdem hereditatis, ut conſtat ex omnibus locis qui de hoc jure loquuntur: at emptor hereditatis neque a teſtatore, neque a lege ad partem aliquam hereditatis vocatur, neque fit heres, ſed venditor heres manet, *leg. ei qui* 88. *in fin. ff. de hered. inſtit.* Et quod notandum eſt, ut ſoli ei, qui ex parte aliqua heres extitit, ſive ex teſtamento, ſive lege ab inteſtato, deficientium portiones accreſcunt, ita & invito accreſcunt & ignoranti, & denique ſemper cum onere ſuo, æris videlicet alieni & legatorum: quod onus vendendo vitari non poteſt, *leg. heredi*, 31. *leg. qui ex duabus*, 53. §. 1. *ff. de acq. hered. leg. 9. ff. de ſuis & leg. her. leg. un. §. his ita definitis*, 10. *C. de cad. toll.* Nec vero putandum eſt emptorem hereditatis ſimilem eſſe ei, cui ex Trebelliano SCto pars hereditatis reſtituta eſt; hic enim ex voluntate teſtatoris venit, emptor non item. Quid quod nec in fideicommiſſarium Trebellianum, quamvis juris ſucceſſor ſit, jus accreſcendi tranſit. Nam ſi heres rogatus ſemiſſem, ex quo inſtitutus eſt, reſtituere, portionem ſuam ſponte adiit & reſtituit, deficientis poſtea coheredis portio non fideicommiſſario, ſed heredi fiduciario accreſcet, ut recte Cujac. *lib. 12. obſ. 12. & 13.* Ant. Fab. *dec. 50. error. 4.* cenſent. Etſi enim fideicommiſſarius Trebellianus juris ſucceſſor dicitur & heredis loco eſſe reſpectu teſtatoris propterea quod ad exemplum heredis ſuccedit in omnia jura defuncti, & quæ a defuncto in heredem ſunt translata; non tamen ſuccedit in jus omne ipſius heredis, non in id jus, quod beneficio legis potius, quam ex voluntate defuncti heres habet, quale eſt jus accreſcendi, quippe quod habiturus eſſet etiam teſtatore invito: alias fideicommiſſarius non loco heredis, ſed heres heredis eſſet. Non offendor *leg. Papinianus*, 43. *ff. ad ſenat. Trebell.* quia loquitur de eo, qui compulſus adiit, non qui ultro & ſua ſponte. Nec tamen dicit portionem deficientis accreſcere fideicommiſſario, ſed heredi: at non manere apud heredem. Conſtat autem eum, qui coactus adiit, & quantum in ſe fuit irritam fecit voluntatem defuncti, perinde habendum ac ſi irritam feciſſet, eique lucrum omne auferri, quod vel habuerit, vel habere potuerit non tantum ex teſtamento, ſed etiam occaſione teſtamenti, haud ſecus ac ſi hereditatem non adiiſſet, *leg. ita tamen*, 27. §. 2. & §. *ſi præceptis*, 14. *ff. ad ſenat. Trebell.* Et licet poſt reſtitutionem nihilominus heres ipſo jure maneat, tamen, quia periculo & commodo alieno adiit, & id egit, ne heres eſſet, *leg. 4. ff. eod. tit.* in iis, quæ ad ipſius commodum ſpectant, pro non herede habetur, ut proinde commodi nihil apud eum remaneat quod laturus non fuiſſet, ſi hereditatem non adiiſſet. Quod ſi hic heres ex parte ſcriptus ſponte, non coactus hereditatem amplexus eſſet, haud dubie aliud Papinianus & Ulpianus in *d. leg. 43. ad ſenat. Trebell.* reſpondiſſent, nempe portionem deficientem non modo accreſcere heredi, ſed etiam apud eum manere, cum nihil obſtet, quo minus maneat. Et eſt heres, qui compulſus adiit, reſpectu emolumenti non abſimilis ei, cui tanquam indigno eripitur hereditas, eo quod tacite cavit ſe hereditatem reſtituturum incapaci, qui plane commodum omne, quod alias ex teſtamento aut occaſione teſtamenti conſecuturus fuiſſet, amittit, & conſequenter etiam jus accreſcendi, *leg. ſi totam*, 83. *ff. de acq. hered.* Ut autem ad emptorem hereditatis revertamur, unum

eſt,

Digitized by Google

eſt, quod maxime pro eo urgent alii, nempe reſponſum Papiniani in *leg. ſi Titio*, 33. §. 1. *in fin. ff. de uſur.* ubi Papinianus Juliani ſententiam refert & probat, dicentis, portionem fundi, velut alluvionem portioni, perſonæ fructum accreſcere: unde dicendum videtur deficientium heredum portiones non heredi, qui ſuam portionem vendidit, ſed emptori qui eam habet, accreſcere debere. Reſpondeo non ſimpliciter Papinianum, aut Julianum jus accreſcendi attribuere portioni quaſi portioni competat, eamque ſequatur, apud quemcumque ea ſit; ſed perſonæ ejus, ſive heredis ſive legatarii, qui portionem ſuam agnovit & obtinuit ex voluntate teſtatoris, ad differentiam ſcilicet ejus, cui conjunctim cum alio uſusfructus ejuſdem rei legatus eſt, qui etiam jus accreſcendi habet, quamvis partem ſuam non agnoverit, *leg. 1. §. ff. de uſufr. accreſc.* Nulla autem ratio dari poteſt, cur magis heres vendita portione hereditatis ſibi acquiſitæ jus accreſcendi amittat, quam unus e legatariis ejuſdem rei vendita parte ſua. Sunt, qui reſpondent heredem hoc ipſo, quod pretium conſecutus eſt, videri adhuc portionem ipſam habere, pretiumque in locum rei ſuccedere, & portionem venditam repræſentare, per *l. 4. §. ult. ff. ſi quis omiſſ. ca. teſt. leg. ſi uſuſfructus*, 35. §. 1. *ff. de uſufr.* Sed quia hæc reſponſio non tollit totam difficultatem (quid enim, ſi heres partem ſuam alteri non vendiderit, ſed donaverit, an quia pretium non habet, ideo donatario potius, quam ipſi jus accreſcendi tribuendum erit?) malim dicere cum Ant. Fabro *dec. 50. err. 5.* Bachov. ad *Treutl. diſp. de empt. & vend. th.* 12. illud ipſum jus, quod etiam vendita hereditate penes heredem manet, loco portionis fungi, niſi & hoc ipſum vitietur, & heres ex cauſa privetur omni commodo, quod alias beneficio legis aut ultimæ voluntatis conſecuturus fuiſſet: quod contingit tum ei, qui coactus alieno periculo adit, *l. 4. ff. ad ſenat. Trebell.* tum cui, ut indigno, hereditas aufertur. Atque hæc vera & adæquata ratio eſt, cur in ſpecie *leg. ſi totam*, 38. *ff. de acq. hered.* heredi, qui clam fidem ſuam accommodavit, ut incapaci hereditatem reſtitueret, nihil debeat accreſcere, id eſt, ita accreſcere, ut apud eum maneat: quoniam & illud, quod accrevit, ei tanquam miniſtro fraudandæ legis, aufertur, & fiſco vindicatur, *leg. 1. leg. 3. leg. Imperator*, 43. *ff. de jur. fiſc. leg. 1. C. de delator.* Illa autem ratio, quam Ulpianus in *d. leg. ſi totam*, affert, *quia rem non videtur habere*, minus accurata eſt, nec ad omnes pertinet caſus, non ad caſum hereditatis venditæ, aut reſtitutæ capaci ab eo, qui ſponte adiit. Nec vero ſemper & ubique veteres exactis rationibus, & quæ ad caſus omnes, etiam de quibus forte non cogitarunt, accommodari poſſint, utuntur. Et alioqui ſequeretur neceſſario neque eum heredem, cujus portio legatis exhauſta eſt, integra, legata ſolventem, ut pleniore officio fidei fungatur, jus accreſcendi habere: quod tamen nemo, ut opinor, dixerit.

At hoc jam poſito portiones deficientiam heredum non emptori hereditatis, ſed heredi, qui jam portionem agnovit & vendidit, accreſcere, amplius adhuc quæri poteſt, an non ſaltem heres idemque venditor, quod ei poſtea accrevit, emptori actione ex empto teneatur reſtituere. Hæc enim inter ſe non pugnant, non accreſcere emptori, & nihilominus quod venditori accrevit, emptorem ex contractu poſſe petere: ſic enim licet actiones directæ penes venditorem maneant, quicquid tamen exegit venditor, id emptori debet reſtituere. Et cum quaſi per averſionem jus omne, quod heres habet, venditum videatur, quo commoda & incommoda omnia continentur, non omnino ſine ratione colligat aliquis etiam jus accreſcendi ea venditione comprehenſum. Denique cum emptor periculum ſuſtineat nominum hereditariorum, non inique viciſſim ſibi aſſerere videtur lucrum accretionis. Cæterum licet hæc ita, nec ſine ſpecie, diſputari poſſint: ego tamen ne illud quidem emptori hereditatis concedendum puto, ut commodum quod occaſione juris accreſcendi ad heredem poſtea pervenit, ei extorquere poſſit. Etenim cardo totius hujus quæſtionis in eo potiſſimum vertitur; an hoc inter contrahentes actum intelligi debeat, ut etiam commodum hoc accretionis ad emptorem tranſiret. Utique enim ſi hoc actum non ſit, non tranſibit, cum actus agentium non extendantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis*, 19. *ff. de reb. cred. l. ſemper*, 34. *ff. de reg. jur.* Jam vero non eſt credibile de eo cogitatum aut inter contrahentes actum eſſe, quod an ad venditorem perventurum aliquando eſſet, & venditor & emptor ignorabant: ſed non niſi pars jam acta quæſita vendita cenſeri debet, nec alia, quam illa ipſa & ſola, ex qua heres inſtitutus venditor fuit, & quam aditione acquiſivit: id, inquam, ſolum, quod tempore venditionis jam heredi competebat, ut & diſerte reſponſum eſt in *l. 2. §. 1. ff. de her. vend.* Et quæſo, cum pretium rei venditæ æqua proportione conſtitui ſoleat, *l. pretia rerum*, 63. *ff. ad leg. Falc.* an non abſurdum & iniquum videri debet, ſi heres ſextante aut quadrante, ex quo inſtitutus eſt, vendito, idque pretio valori rei ἀναλόγῳ ſive proportione reſpondenti, cogeretur partem longe majorem & forte triplo, aut quadruplo, accreſcentem poſtea ad emptorem transferre? Illa autem, quæ paſſim in *d. l. 2. ff. de hered. vel act. vend.* occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne heredis, quod ad emptorem tranſeat, quantum penes venditorem eſt, vel quandoque ad eum perventurum eſt, quod emptor vicem heredis obti-

net ? accipienda ſunt de parte ipſa vendita, de qua ſola inter contrahentes actum eſt. Hæc in effectu & Jaſonis & Ripæ in *l. re conjuncti*, 89. *ff. de legat.* 3. & Salic. in *l. un. C. quand. non pet. part.* Gomeſ. 1. *var. reſ. cap.* 10. *n.* 44. & Fachin. 5. *contr. cap. ult.* ſententia eſt. Diſſ. Bart. *in d. l. re conjunct.* Duar. *l.* 2. *de jur. accreſc. cap.* 6. & Papillon. *in tr. de jur. accreſc.*

CAPUT LVI.

An beneficium l. 2. C. de reſc. vendit. *competat venditori non ignoranti valorem rei venditæ?*

QUAMVIS in pretio rei venditæ naturaliter liceat contrahentibus ſe invicem circumvenire, dummodo abſit dolus malus, *l. in cauſæ*, 16. §. *idem Pomponius*, 4. *ff. de minor*, *l. item ſi pretio*, 22. §. *ult. ff. locat.* eſt tamen hujus regulæ exceptio in *l. 2. C. de reſc. vend.* ubi ea ſic reſtringitur, ut non procedat, ſi læſio excedat dimidium juſti pretii; tunc enim placet reſcindi venditionem, etiamſi nullus dolus intervenerit: quippe cum non ex quantitate pretii, ſed ex qualitate facti dolus æſtimetur, *l. dolus emptoris*, 10. *C. eod. tit.* Igitur ſi quis verbi cauſa fundum vendiderit centum aureis, qui tempore contractus communi æſtimatione valebat ducentos & viginti aureos, is oblata pretii, quod accepit, reſtitutione petere poteſt, ut venditio reſcindatur, & res vendita ſibi reſtituatur: aut ſi malit emptor rem retinere, ut ſuppleat, quod juſto pretio deeſt, *d. l. 2. C. de reſc. vend.* Quæſitum vero eſt, an id beneficium etiam ei dandum ſit, qui valorem rei ſuæ ſcivit. In qua quæſtione aſſentior Bartolo, Baldo, Saliceto, Caſtrenſi *in d. l. 2.* Menoch. *conſ.* 562. Diod. Tulden. *ad C. t. de reſc. vendit. num.* 4. negantibus dandum eſſe contra Albericum de Roſate *in d. l. 2. num.* 12. Pinellum *p.* 1. *cap.* 1. *num.* 10. Fachin. 2. *controv. cap.* 20. Rationes hujuſce aſſertionis noſtræ hæ ſunt. 1. Quia nemo lædi aut injuria affici intelligitur, qui ſcit & conſentit, *l. nemo*, 145. *ff. de reg. jur. l. venditor*, 11. *C. de reſc. vend. l. ſi minor*, 9. *C. de act. empt.* 2. Quia videtur donationis cauſa minoris vendidiſſe: nam ubi errore interveniente daretur repetitio, ibi quod conſulto & a ſciente fit, donari intelligitur, *l. cujus per errorem*, 53. *ff. de reg. jur.* junct. *l. ſi quis*, 38. *ff. de contr. empt. l. cum donationis*, 34. *C. de tranſact.* 3. quia qui ſcit & vult, ſimilis eſt ei, qui jus & actiones ſuas remittit, *l.* 1. *in fin. ff. de act. empt.* Poſtremo a parte hujus ſententiæ ſtat textus rotundus *in l.* 1. *C. ſi major fact. alien. fact. ſine decr. rat. hab.* ubi expreſſe ei demum, qui inconſulto errore lapſus eſt, in hac læſione ſuccurrendum ad conſultationem Liciniæ reſcribit Imperator Gordianus.

Rationes, quibus in contrarium moventur Pinellus & Fachinæus, hæ fere ſunt. 1. Quia Imperatores in *d. l. 2. C. de reſc. vend.* beneficium hoc venditori ſupra dimidium veri pretii læſo concedentes non diſtinguunt, ſciverit, an ignoraverit pretium rei ſuæ: at quam diſtinctionem lex non agnoſcit, eam nec nos admittere oportere vulgatum eſt. 2. Quia hac diſtinctione admiſſa eluderetur beneficium legis; quippe quod raro admodum locum haberet: quoniam venditor præſumitur noſſe vires & merita rei ſuæ, etiam prædii longe diſſiti, *leg. quiſquis*, 15. *Cod. eod. tit.* 3. Quia beneficium legis non fundatur in dolo vel errore, ſed in nimia inæqualitate; quæ utique ſocietatem vitiat, abſque diſcrimine ſcientiæ vel ignorantiæ, *leg. ſi non fuerim*, 29. §. *ult. ff. pro ſoc.* 4. Quia fieri poteſt, ut venditor neceſſitate rei familiaris urgente vel ſciens tanto minoris rem vendat. Sed hæ rationes non efficiunt, ut a priori ſententia, quæ & communis eſt, recedendum videatur. Nam primam quod attinet, præterquam quod jam produximus locum, in quo diſertis verbis diſtinctio iſta agnoſcitur, nempe *l. 1. C. ſi major fact. alien. fact. ſine decret. rat. hab.* etiam ipſa *leg. 2. Cod. de reſc. vend.* eandem diſtinctionem non obſcure ſuppeditat, quoniam nemo ſciens & volens lædi videtur, quæ regula utique etiam in venditione obtinet *l. ea quæ commendandi*, 43. *ff. de contr. empt.* At humanitati *dict. leg.* 2. cauſam dedit iniquitas læſionis. Atque hinc ſimul removetur & tertia ratio: nam etſi *d. l.* 2. non fundatur tamen in dolo vel errore, fundatur tamen in injuria ſive iniquitate, quæ nulla eſt adverſus ſcientem & conſentientem, *l. nemo*, 145. *ff. de reg. jur.* Quod vero regerunt, hoc tantum pertinere ad tollendam actionem de dolo, vel injuriarum id cum locis ſupra citatis tam manifeſte pugnat, ut vel tyro id animadvertere queat. Nihil præſidii habent in exemplo, quod afferunt, ſocietatis leoninæ, id eſt, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum aut partem lucri expectat: nam lucri communio ita naturalis eſt ſocietati, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Quod ſi forte putaverint, ne valere quidem conventionem de inæqualibus lucri partibus in ſociorum æquali collatione, hallucinati ſunt: eumque errorem confutavimus *ſupra*, *cap.* 52. At tametſi in ſocietate id placeret propter naturam ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, & jus quodammodo fraternitatis in ſe habet, *leg. verum*, 36. *pr. pro ſoc.* non continuo id trahendum eſſet ad venditionem aut alios contractus: alioqui ipſo jure nulla eſſet venditio, quando pretium non per omnia proportione reſponderet rei venditæ, nec unquam liceret contrahentibus, quod pluris eſt, minoris emere, quod minoris, pluris vendere, & ita naturaliter invicem ſe cir-

Digitized by Google

ſe circumſcribere, contra *l. item ſi*, 22. §. *ult. ff. locat. l. in cauſæ*, 16. §. *idem Pomponius*, 4. *ff. de minorib.* Quod ſecundo loco allegant, admiſſa noſtra eademque communi ſententia futurum, ut rariſſime huic beneficio ſit locus, eo quod venditor præſumatur non ignorare pretium ſuæ rei, ex *l. quiſquis*, 15. *C. de reſc. vend.* male huc accommodatur: quia ea lex diſerte loquitur de venditione paulo viliori pretio facta; neque hoc dicit præſumi ſcire venditorem, ſed debere ſcire vires & merita rei familiaris: cujus tamen ignorantiæ ignoſcitur, ſi ultra dimidium læſus eſt. Poſtremo nec in neceſſitate venditoris rem ſuam urgente debito diſtrahentis contraria opinio fundari poteſt: id enim repugnat aperto textui in *l. idcirco*, 12. *C. de reſc. vend.*

CAPUT LVII.

An locus ſit beneficio l. 2. C. de reſcind. vend. *in tranſactione?*

BENEFICIUM, quod venditori, qui rem minoris dimidia juſti pretii vendidit, tribuitur, *l. 2. C. de reſc. vend.* ex adverſo etiam emptori, qui duplo plus dedit, quam accepit dandum eſſe, facile admiſerim cum interpretibus contra Cujacium *l. 16. obſ.* 18. Quia etiam ad alios contractus venditioni ſimiles humanitatem conſtitutionis transferendam eſſe, veluti locationem, permutationem, familiæ aut rerum diviſionem, ſi quis duplo plus dederit, quam accepit, aut duplo minus acceperit, quam dedit. Neque enim perſonæ beneficium eſt, ſed cauſæ, hoc eſt, non tribuitur perſonæ venditoris, ſed læſioni, quia læſus, non quia venditor. Quibus autem in cauſis eadem plane ratio eſt, in his idem jus ſtatui oportet: eſtque hæc communis uſuque forenſi recepta ſententia. Anceps autem & necdum communi conſenſu terminata quæſtio eſt, an legis hujus beneficium ob enormem læſionem etiam producendum ſit ad tranſactionem, puta ſi quis dicat ſe duplo minus ex cauſa tranſactionis accepiſſe, quam ei debebatur, aut quam in petitionem deduxerat. Non una autem ratio me impellit, ut in eorum inclinem ſententiam, qui id negandum putant. Primum illud me movet, quod tranſactio comparata eſt ad lites finiendas, *l. fratris*, 10. *Cod. de tranſact.* ſicut & jusjurandum, cui tranſactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurejur.* Unde conſequens eſt, ut quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. de jurejur.* ita quoque lite tranſactione bona fide ſopita, nihil amplius quæri debeat, quam an tranſactum ſit: ne alioqui remedium finiendis litibus comparatum, earundem fiat ſeminarium: in quam rem & textus eſt notabilis in *c. 1. ext. de tranſ.* Nec aliam rationem habere credo, quod placuit ne principali quidem reſcripto litem tranſactione legitima reſuſcitari oportere, *l. cauſas*, 16. *C. de tranſact.* Sed nec minorem auctoritatem habet tranſactio, quam res judicata, *l. non minorem*, 20. *C. de tranſact.* At vero res judicata prætextu læſionis, licet immodicæ, non reſcinditur, *l. 2. C. de re jud.* Et porro ſicut ex cauſa judicati non ſolutum non repetitur condictione indebiti, *l. 1. Cod. de cond. ind.* ita nec ſolutum ex cauſa tranſactionis, etſi debitum non fuerit, *l. in ſumma*, 65. §. 1. *ff. de cond. indeb. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quæ tranſactionis cauſa datur, non datur tamquam in præteritum debita; ſed ob cauſam futuram, ne aliquid ſequatur, *l. nec intentio*, 23. *C. de tranſact.* quod apprime notandum eſt. Et magna ſatis cauſa juſtaque eſt, cur detur, nempe ut a lite diſcedatur, *d. l. in ſumma*, §. 1. *ff. de cond. indeb.* Gallorum proverbium eſt, *Il gaigne aſſez, qui ſe met hors de procez*. Adhæc nec ob reperta poſtea inſtrumenta tranſactio reſcinditur, *leg. ſub prætextu*, 19. *de tranſact.* At quæ juſtior cauſa læſionis, aut quæ gravior læſio? Poteſt enim inſtrumentum oſtendere jus integrum & liquidum, quod forte accepta decima parte remiſſum ſit. In *l. Lucius Titius*, 78. §. *ult. ff. ad ſenat. Trebell.* proponitur caſus a Scævola, quo reperta ſunt inſtrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hæreditate fuiſſe, quam heres fiduciarius ex cauſa fideicommiſſi reſtituerat & tamen negat Scævola, ſi tranſactio intervenerit, amplius fideicommiſſi nomine peti poſſe. Non poteſt hic locus intelligi de tranſactione interpoſita poſtquam jam inſtrumenta reperta eſſent, quomodo a nonnullis accipitur: alioqui non tranſactio ea, ſed gratuita pactio & liquidi juris remiſſio eſſet: Ponamus vero poſtea tranſactum eſſe, an ideo minus audiendus, qui cauſabitur enormem læſionem? Adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an reſcindenda ſit tranſactio propter inſtrumenta poſtea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuiſſe, quam reſtitutum erat: ſed illud tantum, an in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniri queat? Unde intelligimus tanto minus tranſactionem bona fide interpoſitam prætextu læſionis reſcindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut ſi tranſactum ſit, in reliquum fideicommiſſi nomine heres conveniatur. Etenim tranſactione reſciſſa omnia in priſtinum ſtatum reſtituuntur: ſecus vero eſt, cum in reliquum duntaxat actio conceditur.

Unus locus eſt, qui huic ſententiæ objici ſolet, nempe *l. ſi ſuperſtite*, 5. *C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ, quæ cum patre ſuper cauſa geſtæ tutelæ bona fide tranſegerat, ob immodicam læſionem actio in factum adverſus patrem datur. Ego vero non video, qua ratione ex iſto loco colligi poſſit, tranſactionem bona fide ab

utraque parte interpoſitam ſolo læſionis prætextu poſſe reſcindi. Ajunt Imperatores, ſi filia immodice læſa fuerit ex liberatione, quæ tranſactionem ſecuta ſit, novatione & acceptilatione ſolemniter interpoſita, ei non quidem actionem de dolo propter paternam reverentiam, ſed in factum actionem tribuendam eſſe. Hic igitur locus de alio caſu accipi non poteſt, quam quo immodica illa læſio intervenerit dolo patris, per fraudem liberatione filiæ expreſſa, & nimirum quo caſu ſi adverſus extraneum ageretur, de dolo competeret actio. Dolum legibus vindicari nemo negat; cæterum & illud in confeſſo eſt de dolo agi non poſſe, niſi cum eo, in cujus perſona dolus arguitur. Nam cum hæc actio ſi in perſonam ſimpliciter, non in rem ſcripta, atque adeo famoſa (quam ob cauſam nec inter extraneos competit, ſi de ea re alia ſit actio, *l. 1. §. pen. & ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio non ſit, *l. non debet, 11. ff. eod.*) non aliter dari poteſt, quam ſi perſona deſignetur, cujus dolo malo factum ſit, *leg. ſed & 15. §. ult. ff. eod.* nunquam alio colore, aut læſionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormiſſima, ut a pragmaticis vocatur, læſio: verbi gratia, quæ ultra beſſem ſit, dolum rei ipſa inducat, paremque cum dolo ex propoſito vim habeat, commentum eſt interpretum in *l. ſi quis, 36. ff. de verb. oblig.* vid. Ant. Fab. *Cod. ſuo forenſ. tit. de tranſact. defin.* 3. Cur igitur conſtitutio objecta requirit læſionem immodicam? Reſpondeo, id non debet interpretationem recipere ex *l. 2. C. de reſc. vend.* quippe cum dolus non ex quantitate damni, ſed ex qualitate facti æſtimetur, *l. dolus, 10. C. eod. tit.* nec unquam eſſe poſſit ἄνευ πραιτέως, *l. 1. §. 1. ff. de dol. mal.* ſed ideo adjectum eſt, quoniam ſi modica tantum læſio interveniret, non facile adverſus patrem actio illa in factum ſubſidiaria actionis de dolo daretur: quemadmodum nec dari ſolet ipſa actio de dolo ob modicam ſummam adverſus alium quemlibet, *l. ſi quis, 9. §. ult. cum l. ſeq. ff. de dol. mal.* ut bene Ant. Fab. *dec. 8. err.* 10. Schifordig, *lib. 2. tract. 21. fere per tot.* Porro ratio cur actori, qui tranſegit, beneficium hoc concedendum non ſit, ſita eſt in dubio litis eventu. Quid enim? forte ei non debebatur, quod petebat. Et dato debitum fuiſſe, quod petebatur, fortaſſe tamen probare non poterat: aut propter impenſas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æſtimatio? Quæ dubia ſunt, ea certam eſtimationem non recipere ait Ulpianus in *leg. quemadmodum, 29. §. 3. ff. ad leg. Aquil.* Immo vix eſt, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æſtimatio. Fatemur dubium eventum eſtimari poſſe *l. propter, 23. ff. famil. erſciſc. l. ſi jactum, 12. ff. de act. empt. l. 11. ff. de hered. vend.* ſed negamus dubii eventus certam poſſe conſtitui æſtimationem, *d. leg. quemadmodum, §. 3. leg. quod debetur, 51. ff. de pecul.* ut proinde nec certa læſio dici poſſit, quæ ex hujuſmodi eventus dubii æſtimatione inducatur; cum tamen certam eſſe læſionem oporteat, & quidem inſpecto præciſe tempore contractus, ut huic remedio ſit locus. Atque hanc eandem ob cauſam recte defenditur nec locum habere idem remedium in venditione hereditatis aut nominis, cum nec evictio hic præſtetur, *leg. 8. §. 1. ff. de contr. empt. l. 2. §. 3. l. 4. l. 11. l. qui filiif. 14. §. 1. ff. de her. vend. l. ſi plus, 74. §. ult. ff. de evict. l. 1. C. eod.* In reo autem tranſigente prima facie videri poteſt omnino non eſſe locum huic quæſtioni: quippe cum nemo plus dare ſoleat quam ab eo petitur: ſed tamen & in reo tranſigente poteſt locum habere: nam etſi nemo plus ſolvit, quam ab eo petitur: attamen dicere poteſt, ſe nihil aut duplo minus, quam dedit, debuiſſe, & nihilominus ad vitandam litem tantam ſe ſummam dediſſe. Cæterum nec reo hoc caſu remedium *d. l. 2. C. de reſc. vend.* tribuendum erit. Nam cum eodem caſu ceſſet condictio indebiti, *l. in ſumma, 65. §. 1. ff. l. 2. C. de cond. ind. l. 6. C. de jur. & fact. ign.* quæ & ipſa ex humanitate bonoque & æquo introducta eſt, *l. pen. ff. de cond. indeb.* utique & ceſſare debet remedium *d. l. 2.* Non me latet Pinellum ad *d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 5.* bonamque cum eo partem interpretum beneficium *d. l. 2.* porrigere ad quoſcunque contractus, etiam ſtricti juris, atque adeo ad ipſam quoque tranſactionem. Sed profecto beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate conceſſum, haud temere ad ſtricti juris judicia producendum eſt: utique ad tranſactionem nequaquam, quæ ad liberationem & lites ſopiendas comparata eſt: quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci ſane, ut mihi videtur interpretatione, & multarum litium ſemina continente, vid. Andr. Gail. 2. *obſ.* 70. Damhoud, *prax. civ. c. 200. n. 6. & ſeqq.* Fachin. 2. *contr.* 26. Diod. Tulden. *ad tit. C. de reſc. vend. n. 5.* Ant. Fab. *dec. 8. error pragm.* 10. Don. *in d. l. 2. C. de reſc. vend. n. 22.* Perez. *ad d. tit. C. n. 14.*

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII JC.

SELECTARUM JURIS QUÆSTIONUM

LIBER SECUNDUS.

CAPUT I.

Si conductor caſus fortuitos in ſe ſuſceperit, an id quoque ad caſus inſolitos pertineat?

CERTUM eſt caſus fortuitos nullo in judicio præſtari, ac ne in commodati quidem, *l. 5. §. quod vero, 4. ff. commod. l. 1. §. & ille, 4. ff. de obl. & act. §. 2. Inſt. quib. mod. re contr. obl. l. contractus, de reg. jur. l. 6. c. de pign. act.* quo poſtremo loco verba illa, *nullo bonæ fidei judicio*, non ſunt adjecta ad excludenda judicia ſtricti juris, *l. ſi ex legati, 23. ff. de verb. obl. l. 5. ff. de reb. cred.* ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum: nam ſi in commodato non præſtatur caſus fortuitus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quamvis contractus ſit ſtricti juris. Conductor autem ex natura contractus (quippe in quo tam locatoris quam conductoris utilitas vertitur) ne quidem de omni culpa tenetur, ſed de levi duntaxat, *d. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 3. §. 1. ff. naut. caup. ſtabul. l. in navem, 31. in fin. ff. locat.* tantum abeſt, ut de vi majore & caſu teneatur, *leg. ſi merces, 25. §. vis major. 6. ff. locat. d. l. contractus, de reg. jur.* Cæterum natura contractus conventione contrahentium mutari poteſt. Finge conveniſſe ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantum, nec plus, nec minus quam placitum eſt, præſtabitur; quamvis alias in illo dolus duntaxat, in hoc etiam omnis culpa præſtetur, *l. 5. §. 2. & §. interdum, 10. ff. commod. l. 1. §. ſi convenit, 6. ff. depoſ. l. 1. C. eod. d. l. contractus de reg. jur.* Sed & ſi in negotio gerendo conventio interpoſita ſit de caſu præſtando, ſcilicet ut debitorem damna fatalia ſequantur, rata eſt conventio: contractus enim legem a conventione accipiunt excepto ſi placuerit, ne dolus præſtetur, *d. l. contractus, d. l. 1. §. illud, 7. & ſæpe, 35. depoſ. l. 6. Cod. de pignor. act.* Quamobrem & ſi quis ita fundum locaverit, ut ſi quid caſu fortuito ſive vi majore accidiſſet, hoc ei præſtaretur, pacto ſtandum eſt, *leg. ſi quis, 9. §. 2. ff. locat.* Eſt autem caſus fortuitus, id omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti, *l. in rebus, 18. pr. ff. commod. l. ex conduct. 15. §. 2. ff. locat. l. 1. §. 4. ff. de obl. & act. l. 6. C. de pign. act.* Igitur hoc certi juris eſt, ſi convenerit, ut conductor etiam caſum fortuitum præſtet, conventionem valere damnumque improviſo caſu contingens conductorem ſequi. Illud autem adhuc quæritur, an hujuſmodi conventio etiam pertineat ad caſus inſolitos, id eſt, an conductor in ſe recipiens caſus fortuitos, recepiſſe etiam intelligatur caſus inſuetos & raro admodum contingentes. Bartolus in *l. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. jud. ſiſt.* & in *l. fiſtular, 78. §. ult. ff. de contr. empt.* id negat, quem ſequitur Mantica, *lib. 5. de tac. & ambig. conv. c. 8.* Gail. 2. *obſ. 23. n. 18.* & vulgo DD. nimirum diſtinguunt illi inter caſus fortuitos ſolitos, ſive communiter contingentes, & inſolitos, ſeu qui præter conſuetudinem eveniunt, ut illorum quidem damnum conductor ex conventione præſtare teneatur, horum autem neutiquam, quaſi de iis cogitatum non eſſet. Sed mirum eſt profecto hanc ſententiam cuiquam probari potuiſſe: cum eventus inſolitus vel maxime contineatur appellatione caſus fortuiti, & fere ſolus etiam ſecundum ipſius Bartoli definitionem in *d. leg. fiſtulas, 78. §. ult.* ubi cum dixiſſet eum, qui in ſe ſuſcipit caſum fortuitum, teneri de caſibus communiter contingentibus, mox imprudens ſibi contradicit, dum ait: caſus fortuitus intelligitur inopinatus, non ex conſuetudine eveniens, cum tamen quæ communiter contingunt, ex conſuetudine contingant. Nec fieri aliter potuit. Nam cum Bartolus in *d. leg. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. judic. ſiſt.* ſententiam ſuam, nempe conventione de præſtando caſu fortuito in-

terpoſita non intelligi caſum inſolitum, firmaſſet auctoritate Labeonis in *d. leg. fiſtulas. §. ult. ff. de contr. empt.* ubi ad hujus textus explicationem venit, neceſſe fuit, ut aut incaute ſibi contradiceret, aut ſententiam ſuam mutaret, adeo perſpicue ibi caſui fortuito adſcribuntur inſolita, & quidem inſolita tantum, non etiam quæ ſecundum conſuetudinem eveniunt. Verba Labeonis hæc ſunt: *Si frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidiſſes, dixiſti, te, ſi quid vi aut tempeſtate factum eſſet, præſtaturum, ea frumenta nives corruperunt; ſi immoderatæ fuerunt & contra conſuetudinem tempeſtates* (ita lego, non *tempeſtatis*, cum Salmaſio *cap. 24. ad jus Attic.*) *agi tecum ex empto poterit*. Locus hic minime obſcurus eſt, ſed planus, ſi ullus alius. Notum eſt emptione perfecta, id eſt, ſimul atque de pretio convenit, periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinere, tametſi res emptori nondum tradita ſit: venditorem autem ex natura contractuum, qui utriuſque gratia fiunt, præter dolum & culpam nihil præſtare, *§. 3. Inſt. de empt. & vend. leg. 8. pr. ff. de per. & commod. rei vend.* & ſexcentis ſimilibus locis. Ergo in ſpecie a Labeone propoſita, ſi venditor nominatim caſus forte eventuri periculum in ſe non ſuſcepiſſet, nullam emptor cum eo actionem habuiſſet de frumento immoderata nive corrupto. At recepta in ſe caſus fortuiti præſtatione, de eo, quod tempeſtate contigit ex conventione tenetur, ſi modo tempeſtas inſolita fuit, & præter morem cæli regionis ſæviit: aut ut ipſe Labeo ait, ſi ideo frumenta corrupta, quia tempeſtates immoderatæ & contra conſuetudinem fuerunt, quaſi quod vulgo & ex conſuetudine fit, pro caſu fortuito non ſit habendum. Quam ob cauſam ſatis mirari nequeo, quod Bartolus & paſſim alii firmamentum ſententiæ ſuæ petant ex eo loco, qui eam tam aperte deſtruit. Cæterum ſunt alia loca, quæ Bartoli ſententiam probabilem faciunt, aut ſaltem prima ſpecie facere videntur. Primus locus eſt *leg. Sejo, 10. §. 1. ff. de ann. leg.* ubi Papinianus ex facto de hujuſmodi ſpecie conſultus, *Medico Sempronio, quæ viva præſtabam, dari volo*, reſpondet, ea videri relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt; ad quem locum Bartolus notat, dictum generale ad extraordinaria non referri. Sed nullam ſimilitudinem hæc ſpecies habet cum quæſtione propoſita. Tale enim legatum, *Quæ viva medico præſtabam*, &c. non niſi ad certam quantitatem erogationis annuæ referri poteſt, quia inſtar honorarii ſeu ſtipendii annui medico id relinquere teſtatrix voluit: ac proinde nec videri poteſt teſtatrix ſenſiſſe de iis, quæ ex occaſione & quaſi fortuita liberalitate ſemel atque iterum in vita præſtiterat: quippe circa quæ legatum non potuit conſiſtere, utpote incertum, & quod nullo eventu ad certitudinem aliquam redigi poſſet: quia nimirum quæ extra ordinem & ex occaſione ἐκ τυχὸν ἴσως dedit, ea non ἐκ προνοίας aut perpetuæ voluntatis diſtinctione profecta fuerunt. Secundo pro eadem ſententia affertur textus in *leg. 4. §. pen. ff. ſi quis caut. judic. ſiſt.* ubi Juriſconſultus negat valere renuntiationem exceptionum, quæ contra vadimonium deſertum excuſent, niſi cauſæ exceptionum ſpecialiter fuerint expreſſæ. Reſpondeo, & illud diſſimile eſt. Nam qui caſum fortuitum in ſe recipit ipſa nominis vi admonente cogitat etiam de inſolitis, ſaltem in genere. At vero, qui exceptioni omni renuntiat, non cenſetur cogitaſſe de iis cauſis, quæ de novo forte emerſuræ ſunt, ſed tantum de iis, quæ tunc cognitæ erant: & quia verba renunciationis non reſpiciunt ad id, de quo cogitatum non fuit, nec eo trahi debent; cum e converſo caſus fortuitus vel maxime pertineat ad inopinata, ut bene & docte Diod. Tulden. *ad C. tit. de l. c. n. 11.*

Cætera, quæ proferunt, minorem etiam ſpeciem habent: quale eſt illud, quod in *leg. 6. C. de pign. act.* dicitur, ea quæ fortuitis caſibus accidunt, prævideri non poſſe. Nam etſi prævideri non poſſunt, nec averti: poſſunt tamen præcogitari; & qui eos in ſe ſuſcipit, inſolitos quoque præcogitat, ut proinde de iis quoque in genere actum videatur. Tale quoque eſt, quod de procuratore univerſorum bonorum aſſerunt, nempe etſi is facere poteſt ea, quæ dominus facere ſolitus erat, non poſſe tamen facere, quæ dominus facere non conſuevit, *leg. vel univerſorum, 12. ff. de pign. act. leg. qui ſemiſſes, 13. §. 1. ff. de uſur.* Etenim mandati fines diligenter ſunt cuſtodiendi, ne quid fiat contra aut præter intentionem mandantis, *l. 5. ff. mand.* Generale autem mandatum, etſi verbis omnem adminiſtrationem continet, non continet tamen ſententia mandantis, quippe quem credibile non eſt ea mente fuiſſe, ut quid procuratori ſuo facere permiſerit, quod ipſe facere non conſuevit, & alias ſatis notum eſt, generali mandato non intelligi ea contineri, quæ quis veriſimiliter mandaturus non fuerat, ſed ſpeciale mandatum in his requiri; qualia ſunt cauſa famæ, reſtitutio in integrum, tranſactio, &c. *leg. non ſolum, 39. §. ult. & l. ſeq. l. mandato, 60. ff. de procur. leg. illud, 25. §. 1. ff. de minorib.* Poſtremo ejuſdem generis eſt, quod colligunt ex *l. qui occidit, 30. §. 3. verſ. at ſi omnia, ff. ad leg. Aquil.* ubi Paulus ait, eum culpa carere, qui omnia, quæ oportuit, obſervavit, & ſubita vis venti longius ignem produxit. Nihil enim ibi de caſu fortuito præſtando actum eſt, ac proinde nec præſtari caſus fortuitus debet, nec magis inſolitus, quam qui crebrius evenire ſolet, *leg. contractus, in fin. ff. de reg. jur.* eodemque modo reſpondendum ad *leg. ſi putator,*

Digitized by Google

tor, 31. *ff. ad leg. Aquil.* & ad *leg. ſi quis fundo*, 49. §. 1. *ff. eod.* ubi Ulpianus ſcribit, damnum injuria dediſſe non intelligi eum, qui magna vi cogente dedit, veluti, qui alienas ædes medias dejecit, ne incendium ad ſuas ædes perveniret, qui textus eſt notabilis. Ita ferme & Pauſchman. *lib. 1. quæſt. pract. cap. 6. & 7.* Fachin. *lib. 1. contr. cap. 86.* Diod. Tulden. *ubi ſupra.*

C A P U T II.

An emphyteuta donatione vel permutatione alienare poſſit emphytheuſin inconſulto domino?

CONTRACTUS emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter ſumptus, quos in illorum cultura & inſitione, ſive, ut nunc loquuntur, melioratione fieri neceſſe erat, in perpetuum, aut certe in longiſſimum tempus habendi & fruendi tradi cœperunt, ea lege, ut agri illi colerentur & conſerentur, idque modica penſione annua, quæ veri domini memoriam conſervaret: quamquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem fere conditione locari cœperint. Eſt igitur jus emphyteuticum ſeu emphyteuſis jus perpetuarium, quo quis agro alieno tamquam alter quidam dominus utitur ac fruitur ſub lege certæ annuæ penſionis in recognitionem directi dominii præſtandæ. Non ſolum autem jus utendi fruendi per conſtitutionem emphyteuſios emphyteuta acquirit, ſed etiam jus emphyteuſim oppignorandi, *leg. lex vectigali*, 31. *ff. de pignor.* ſervitutem prædio imponendi, *leg. 1. §. ult. ff. de ſuperfic.* jus vendendi, donandi, permutandi & quoquo modo in alium transferendi, *leg. 3. Cod. de jur. emphyt.* unde eſt, quod emphyteutæ interdum domini vocantur, *leg. 2. leg. 4. Cod. de div. præd. urban. & ruſt. templ.* 11. 69. Et quidem Zenonis tempore alienatio emphyteuſios non tantum licita qualibet fuit, ſed etiam libera, *leg. 1. ff. ſi ag. vectig. §. 3. Inſtit. de locat. leg. 1. Cod. de fund. patrimon. lib.* 11. 61. At lege Juſtiniani id jus nonnihil imminutum, *leg. 3. Cod. de jure emphyt.* cujus hæc ſumma eſt, ut ſi inter dominum & emphyteutam in ipſo contractu de alienatione nihil convenerit (nam conventionem omnimodo ſervari vult) liceat quidem emphyteutæ jus ſuum in alium transferre, ſed certis conditionibus, quarum prima eſt: ut, ſi id vendere velit, domino illud denunciet, eique offerat *προτίμησιν* ſeu emendi prærogativam. Non requiritur ergo conſenſus domini, ut vendere liceat ut male plerique putant; verum ut ipſi potius, quam alii vendatur: ac proinde hæc tam eſt requiſitio conſenſus domini, quam ſimplex certioratio. Secunda eſt, ut novus emphytheuta a domino in poſſeſſionem inducatur, ſeu, ut nunc vulgo loquuntur, inveſtiatur. Tertia & poſtrema, ut dominus pro admiſſione & ſubſcriptione ac depoſitione (cujus forma in *dict. leg. 3.*) accipiat honorarium vel laudemium, nempe quinquageſimam partem pretii, ſi vendatur; vel æſtimationis fundi, ſi per aliam conventionem, puta donationem vel permutationem, res fuerit alienata. Et duo quidem poſteriora, nempe inductio ſeu inveſtitura, & perceptio honorarii, obtinent in omni alienatione. At non ſatis expeditum eſt, an in caſu donationis & permutationis eadem quoque denuntiatio, quæ in venditione requiritur, intervenire debeat, & hic etiam ſimilis prærogativa domino competat, non utique in hoc, ut ſi emphyteuta rem alteri donare velit, dominus poſtulare poſſit, ut ſibi donetur, quod aperte iniquum eſt: aut ſi permutare cum alio emphyteuta cupiat, teneatur domino offerre permutandi prærogativam, quod & ipſum ſine manifeſta injuria emphyteutæ conſtitui non poteſt; ſed an emphyteuta priuſquam donet aut permutet, dominum certiorare debeat, ſe id facere velle, & ſic etiam offerre domino ſi velit, poteſtatem emendi; ſive an dominus poſſit æſtimationem ſolvendo ſic etiam rem ad ſe revocare. Reſpondeo, ne hoc quidem admittendum eſt, tum reſpectu donantis emphyteutæ, qui forte, dum alium obligare & remunerare vult, ſimul vult extare monumentum liberalitatis ſuæ & manere in ſui memoriam: tum reſpectu donatarii, cui fortaſſis gratior eſſet & acceptior agellus emphyteuticarius, quam alterum tantum pecuniæ aut valoris, & qui forte ne dignaretur quidem pecuniam accipere. Et quid ſi emphyteuta prædium ſuum alicui legaverit (poteſt enim & hoc facere, *leg. ſi domus*, 71. §. *ult. ff. de legat. 1. leg. in conventionibus*, 219. *ff. de verb. ſign.*) & id fecerit indulgens affectui amici ſui, an & hic dominus oblato pretio legatarium fundo ſibi legato privare poterit contempta voluntate defuncti; atqui legare eſt donare. Aut quid ſi emphyteuta heredem teſtamento inſtituerit, an & hic idem domino licebit? In permutatione vero ſi hoc admittamus fruſtrabitur emphyteuta deſiderio ſuo & ſine cupito, nempe eo prædio, quod ſuo prætulit, & multas ob cauſas præferre potuit. Quid enim ſi alter illud vendere nolit, aut non niſi immodico pretio vendere velit, qui non aliam ob cauſam animum permutandi habuit, quam quod fundum emphyteutæ habere maluit, quam ſuum, ut homines diverſimode afficiuntur. Vendentis autem emphyteutæ plane nihil intereſt, a quo pretium accipiat, a domino, an ab alio: quippe quod ſolum deſiderat, & in quod nulla poteſt cadere affectio, *l. 3. ff. de in lit. jur.* Hoc itaque poſito, ſupervacuum foret in donatione aut per-

muta-

Digitized by Google

mutatione requirere conſenſum domini, eumve certiorare de donatione aut permutatione facienda ob alium finem, quam ut novum emphyteutam, in quem jus ſuum prior transferre vult, dominus admittat & in poſſeſſionem accepto laudemio ſuſcipiat; hoc autem facere dominus ad denuntiationem emphyteutæ tenetur, niſi in tales perſonas jus transferatur, quæ in contractibus emphyteuticis excipi ſolent, aut non ſunt idoneæ ad ſolvendum emphyteuticum canonem, *dict. leg. 3. verſ. neceſſitatem autem*, *Cod. de jur. emphyt.* Et bene Jaſon animadvertit principium *dict. leg. 3.* eſſe generale, atque in univerſum ibi prohiberi emphyteutam jus ſuum in alium transferre, hoc ſcilicet fine, ut inſcio & invito domino alius quilibet ac forte non idoneus emphyteuta ſubſtituatur, & ille privetur laudemio: at *verſ. ſed ne hac occaſione*, eſſe ſpecialem, & ad venditionem tantum pertinere, quam ſi facere velit emphyteuta, formam illic præſcriptam ſervare debeat. Arguunt hoc ipſa textus verba, *vendere, comparare, pretium accipere, eandem quantitatem præſtare*, quæ donationi aut permutationi non conveniunt. Arguunt & ea, quæ mox ſequuntur, & quidem evidentiſſime: quod neſcio an ab aliis obſervatum. Nam cum Imperator conſtituiſſet. quid ſpeciatim in contractu venditionis obſervari vellet, nempe atteſtationem meditatæ venditionis domino tranſmittendam eſſe, eique offerendam emendi prærogativam, & ſi deliberaturum ſe dicat dominus, reſponſionem ejus per bimeſtre temporis ſpatium expectandam, tunc definit generaliter, quid emphyteutæ concedendum in omni emphyteuſios alienatione. Et primo quod ad venditionem attinet, ſi dominus neget ſe emere velle, aut per memoratum tempus nihil reſpondeat, tunc liceat emphyteutæ jus ſuum, cui velit, dummodo perſonæ idoneæ, vendere, atque ut dominus neceſſe habeat hunc novum emphyteutam accipere. Deinde, ſi emphyteuta alio modo jus ſuum ad perſonas conceſſas & idoneas tranſponere velit, poſſe hoc eum facere etiam domino inconſulto, nulla nec emphyteutæ impoſita denuntiationis neceſſitate, nec conceſſa domino contradicendi licentia. Utroque autem caſu exigit, ut dominus ipſe novum emphyteutam in poſſeſſionem inducat, & emphyteuta hanc inductionem a domino teſtato petat, dominique de ea re voluntatem per duos menſes expectet: qui ſi novum emphyteutam intra id tempus admiſerit, tum illi pro admiſſione ſua & ſubſcriptione honorarii loco vult tribui quinquageſimam partem pretii, ſi jus emphyteuticum venditum eſt, vel æſtimationis loci, ſi ex alia cauſa translatum. Quod ſi dominus toto eo tempore ſuperſederit novum emphyteutam, alioquin idoneum admittere, tum Juſtinianus ipſi emphyteutæ liberam poteſtatem concedit rem transferendi, novumque emphyteutam inducendi in poſſeſſionem, nihil laudemii nomine, domino relicto, quod alias pro admiſſione conſecuturus fuiſſet. Atque hæc communis interpretum ſententia in *dict. leg. 3.* quam ſequitur Mantica *lib. 22. de tac. & ambig. convent. tit. 28. num. 56. & ſeqq. & num. 69.* atque citati Diod. Tulden. *in Cod. dict. tit. num.* 8. Bronchorſt. *cen. 1. aſſert.* 80. eamque bene & erudite defendit Donell. *lib. 9. comm.* 14. Diſſentit ex parte And. Fachin. *lib. 3. cent. cap. 97. & lib. 6. cap.* 98. Cujus argumentis facile occurri poterit ex iis, quæ jam dicta ſunt. Rationes quoque aliorum, qui etiam in caſu donationis & permutationis, emendi prius domino poteſtatem faciendam contendunt, eumve æſtimatione oblata jus habere rem ad ſe revocandi, leviores ſunt, quam ut novam & peculiarem mereantur reſponſionem. Obiter hic noto quibuſdam, nempe curialibus, vetitum eſſe prædia ſua ſine decreto vendere, donare & permutare permiſſum: ex quo apparet, non ſemper a venditione ad donationem licere ἀνακυλίζειν, de quo interpretes ad *leg. non debet*, 21. *ff. de reg. jur.* Quatenus noſtris & Gallorum moribus a conſtitutione Juſtiniani *in d. leg. 3. Cod. de jur. emphyt.* receſſum ſit, diſce ex Groenevv. *tract. de leg. abrog. ad dict. leg. 3.* Grot. *lib. 2. introd. ad juriſp. Bat. cap. 4.* Mornac. & Autumn. *ad dict. leg. 3.*

CAPUT III.

An dominus fundi emphyteutici, poſt elapſum tempus canonem recipiens, videatur renuntiaſſe caducitati?

PRÆSTATIO canonis ſeu penſionis annuæ pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre, *leg. 1. pr. ff. ſi ag. vect. ſeu emphyt. pet. §. 3. Inſtit. de locat.* Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo, volente domino, cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *leg. 2. Cod. de jur. emphyt.* In emphyteuſi eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. Cod. de ſacroſ. eccleſ.* Quid autem, ſi emphyteuta poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum domino obtulerit, iſque eum ultro ſine proteſtatione acceperit, an non videri debet dominus hoc ipſo caducitati renuntiare, & ſolventem pro emphyteuta agnoſcere? Et ſiquidem emphyteuta eccleſiæ per biennium in ſolvendo canone ceſſaverit, noviſſima Juſtiniani lege, licentia datur eccleſiæ & præcedentis temporis canonem ab emphyteuta exigendi, & prætèrea rem emphyteuticam vindicandi, ſive, ut Juſtinianus loquitur, τὸν ἐμφυτευτὴν ἐκβαλεῖν τῆς ἐμφυτεύσεως. *Nov. 120. cap. 8.* unde *auth. qui rem. Cod. de*

ſacroſ.

ſacroſ. eccleſ. Igitur ſi prælatus aut capitulum poſt biennium canonem præteriti temporis exegerint, aut ultro oblatum receperint, ſalvum nihilominus manet eccleſiæ jus emphyteutam expellendi. Cæterum cum hoc conſtitutum ſit ſpeciali favore eccleſiarum & venerabilium domuum, ut apparet ex *diƈt. cap.* 8. *Nov.* 120. nec prælato concedendum, ut jus eccleſiæ ex caducitate quæſitum remittere poſſit: non temere id ad emphyteuſin civilem trahi debet. Immo, quia Juſtinianus id ſpecialiter conſtituit in emphyteuſi eccleſiaſtica, hoc ipſum argumento eſt, noluiſſe eum idem obſervari in emphyteuſi civili, ut proinde hic ſtandum ſit rationi & regulis juris communis. Videamus igitur, quid hic ex ratione juris communis in emphyteuſi civili ſtatuendum ſit. Illud omni dubio caret, quod emphyteuta ob canonem triennio non ſolutum jure ſuo volente domino excidit, etiamſi interpellatus a domino non fuerit, *leg.* 1. *Cod. de jur. emphyt.* quippe cum dies hic interpellet pro homine, ut vulgo dicitur, *leg.* 12. *Cod. de contr. & comm. ſtip.* ſed neque moræ hic admittitur purgatio: quoniam ubi pœna & dies adjicitur, mora purgari non poteſt *leg. Celſus*, 23. *pr. ff. de recept. arbitr. leg.* 4. *§. ult. ff. de leg. commiſſ. leg. cum ſtipulatus*, 113. *ff. de verb. oblig. leg. ad diem*, 77. *ff. eod.* Ratio eſt, quia quod jus parti ſemel quæſitum eſt, ſive lege ſive propria conventione, id ei auferri non debet, *leg.* 2. *ff. de his qui ſui vel alien. jur. leg.* 74. & 75. *ff. de reg. jur.* Fac. *diƈt. l.* 23. *ff. de recept. arbitr.* quanquam emphyteutæ eccleſiæ jure canonico permiſſum moram purgare celeri ſatisfactione, *cap. ult. extr. de locat.* forte quia jus ſuum citius amittit, eoque jure & in civili nos uti ſcribit Grotius *lib.* 2. *introduƈt. cap.* 40. de quo tamen vide Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ. cap.* 157. *num.* 3. Coren. *obſ.* 22. *rer. jud. ad ſupr. Holl. ſenat.* Groenevv. *traƈt. de leg. abrog. ad diƈt. leg.* 2. Cum igitur emphyteuſis (loquimur de civili) non ſoluto per triennium canone ipſo jure in commiſſum cadat, ne cadat tamen niſi volente domino, quod etiam de voluntate tacita accipiendum eſt, eleganter quæritur, an, ſi dominus poſt triennium canonem præteriti temporis oblatum ab emphyteuta ſine proteſtatione acceperit, aut ipſe canonem exegerit, commiſſo renuntiaſſe videatur? Affirmant Guido Pap. *quæſt.* 171. Clar. § *emphyteuſis*, *quæſt.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Perez. *in Cod. de jur. emphyt. in fin.* Ant. Fab. *Cod. eod. defin.* 16. Jaſ. *late in leg.* 3. *Cod. diƈt. tit.* & DD. comm. quos etiam ſecutus eſt Bachov. *in Trentl. vol.* 1. *diſp.* 29. *theſ.* 12. Negant Mantica *lib.* 22. *de tac. & ambig. convent. tit.* 33. *num.* 1. *& ſeqq.* Bronchorſt. *cent.* 1. *aſſert.* 83. D. Tulden. *ad Cod. de jur. emphyt. num.* 15. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 157. *num.* 8. *& ſeq.* Ergo priori ſententiæ, ut probabiliori mihi viſæ, ſemper adhæſi, ac ne nunc quidem quicquam muto. Moveor, quod jus commiſſi cum ſit pœnale, facile remiſſum intelligatur, ſicut evenit, cum alia quælibet pœna commiſſa ob non ſolutam ſua die pecuniam, ſors petitur poſt diem, aut cum venditor, qui legem commiſſoriam exercere potuit, pretium petere maluit, *leg. pen. ff. de leg. commiſſ.* nimirum in odium pœnarum, quæ ſemper odioſæ, ſive legitimæ ſint, ſive conventionales, *l. ult. ff. de eo quod cert. loc. leg. pen. ff. de pœn.* Utique regulariter res ipſa & pœna ſimul peti non poteſt, *leg. reſcriptum*, 10. §. 1. *ff. de paƈt. leg. ſi pater*, 12. §. 2. *ff. de paƈt. dotal. leg.* 4. *§. Labeo*, 7. *ff. de dol. mal. except. leg.* 4. *Cod. de paƈt. int. empt.* nec pœnæ legitimæ & conventionalis ulla hic diverſa ratio eſt, cum utraque adjiciatur, ut debitor magis excitetur ad præſtandum id, ad quod præſtandum ex conventione aut lege obligatus eſt. Perperam autem ad hæc loca & ſimilia reſpondetur, quod pœnalis ſtipulatio per ſe non conſiſtat, ſed acceſſio ſit obligationis principalis, qua ſublata & ipſam tolli neceſſe ſit. Verum enim non eſt, pœnalem ſtipulationem acceſſionem eſſe ejus obligationis, cui ſubjicitur: per ſe enim ſubſiſtit, *§. ult. Inſtit. de verb. oblig. leg. ita ſtipulatus*, 115. *pr. ff. eod.* & valet, etiamſi ſubjecta ſit inutili, *leg. ſtipulatio iſta*, 37. *§. alteri*, 17. *ff. eod.* Immo & uſuræ præteritæ, quæ ex ſtipulatione debentur, obligatione ſortis ſublata adhuc peti poſſunt, quia duæ hic ſunt obligationes ſeparatæ, *l. centum Capuæ*, 8. *ff. de eo quod cert. loc. leg.* 1. *Cod. de jud. arg. leg. qui per colluſionem*, 49. *§.* 1. *ff. de aƈt. empt. leg.* 4. *Cod. depoſ.* a contrario ſenſu. Quod autem pœnalis ſtipulatio ſubjecta turpi aut impoſſibili inutilis eſt, *leg. ſtipulatio*, 61. *leg. ſi homo*, 69. *ff. de verb. obl.* non eam rationem habet, quod ſit acceſſoria aut inutili ſubjecta, ſed quia & ipſa eodem vitio, quo prior, laborat, & pro turpi aut impoſſibili habetur, per *leg. aliud eſt fraus*, 131. *ff. de verb. ſign.* de quo fuſe Donell. *ad leg. ſi homo*. Confirmat hanc noſtram ſententiam *leg. Æmilius*, 38. *ff. de minorib.* in verb. *& pretium petendo a lege ſua receſſiſſe*, item *leg. Celſus*, 23. *pr.* verſ. *Sin autem oblatum accepit, pœnam petere non poteſt*, *ff. de recept. arb.* & ſimilis locus eſt in *leg. pen. ff. de leg. commiſſ.* Igitur ſi dominus non poteſt exigere canonem, & ſimul exercere jus caduci, ſive rem vindicare & emphyteutam expellere, etiam recipiendo canonem oblatum, caducitati & rei vindicationi renuntiaſſe videtur. Etenim hoc poſito, quod privatio & expulſio ſit pœna, uti revera eſt, ſi dominus non ignarus emphyteutam jure ſuo cecidiſſe, quo non niſi eo volente cadit, canonem præteriti temporis ſibi oblatum receperit, ſolventem pro emphyteuta agnoſcere, & pœnam remittere intelligitur. Adde quod durum atque iniquum eſt, emphyteutam & jus ſuum atque

melio-

Digitized by Google

meliorationes amittere, & nihilominus ad canonem ſolvendum compelli. Quod autem apprime hic notandum eſt, emphyteuta canonem non ſolvens duplici de cauſa jure ſuo privatur: primo quia penſionis damno dominum affecit: deinde, & quidem præcipue, quod ſe emphyteutam eſſe negare videatur. Utrumque autem hoc vitium purgatur canone poſtea oblato & ultro a domino recepto. Non obſtat, quod quidam objiciunt, canonem ſolvi pro perceptis fructibus, pœnam infligi ob ceſſationem. Nam canonis ſolvendi hic principalis finis eſt, ut memoria domini conſervetur, &, ut nunc vulgo loquuntur, ut dominus recognoſcatur: quapropter non tam pro perceptis fructibus quam in recognitionem dominii ſolvitur. Longe alia ratio eſt coloni, a quo, licet ejecto, locator mercedem exacti temporis petere poteſt, *leg. colonus, pen. ff. locat.* quoniam merces pro perceptis fructibus debetur & ſolvitur: nec colonus jus aliquod dominio proximum, quod amittat, in fundo habet, impenſaſque utiles, ſi quas fecit, recipit, *dict. leg. colonus*, nec locator eo expulſo quicquam lucratur aut conſequitur præter poteſtatem alteri rem locandi, quod ſæpe etiam incommodum locatori affert. Aliud quoque juris eſt, cum utrumque debetur & res & pœna, ut in ſpecie *leg. 7. §. 1. ff. de cond. furt.* & in emphyteuſi eccleſiaſtica. *Nov. 120. cap. 8.* item in ſpecie, *leg. ſi quis major*, 41. *Cod. de tranſact.* & denique ſi pœna adjecta ſit coercendo contemptui, ut in caſu *leg. ſi quis rem*, 30. *ff. de recept. arbitr.* Plane ſi dominus canonem præteriti temporis accipiens proteſtetur ſe non alia lege eum accipere, quam ut ſalvum ſibi maneat jus commiſſi, jus illud adhuc exercere poterit: quoniam proteſtatio conſervat jus proteſtantis, *leg. 4. §. 1. ff. quibus mod. pign. ſolv.* haud ſecus ac cum inter contrahentes ab initio actum eſt, ut rato manente pacto pœnam exigere liceat, *leg. pen. ff. de tranſact.* Neque vero proteſtatio hæc novum jus domino tribuit, ut quidam hinc colligunt, ſed jus expulſionis, quod ante habuit, ei conſervat, cui proteſtationi ſi non contradicat emphyteuta, in eam conſentire videtur, *cap. qui tacet, ext. de reg. jur.* Quod ſi dominus cum proteſtatione accipiat canonem futuri temporis, ſive elapſum poſt tempus, quo emphyteuſis in commiſſum cecidit, nihil hæc proteſtatio dominum juvabit: quoniam proteſtatio facto contraria, nihil operatur, *l. 1. §. 1. ff. ſi uſufr. pet.* Eſt autem actus receptionis canonis in tempus futurum prorſus contrarius juri quæſito: hoc enim ſupponit non eſſe amplius emphyteutam, ille contra adhuc eſſe. Digna mihi viſa fuit hæc quæſtio, quæ paulo accuratius tractaretur, quam apud pleroſque hactenus tractata fuit.

CAPUT IV.

An is, qui pecuniam credidit ad navem armandam vel reficiendam, tacitum pignus habeat.

CREDITORUM alii ſunt chirographarii, id eſt, qui citra hypothecam perſonalem tantum actionem habent: alii hypothecarii: & in utroque genere quidam privilegiarii: quidam puri & ſimplices, vel chirographarii vel hypothecarii. Puri chirographarii creditores inter ſe concurrentes omnes pares ſunt, etſi alii alios tempore præcedant, *l. 6. C. de bon. auct. jud. poſſid.* Quod ſi cum chirographariis ſimplicibus concurrant ejuſdem generis creditores, ſed privilegiarii, id eſt, privilegium perſonale exigendi habentes, hi illis potiores ſunt. Inter ipſos autem privilegiarios ejuſdem tituli, licet diverſi temporis, nulla prælatio eſt, *l. privilegia*, 32. *ff. de reb. auct. jud. poſſid.* Hujus generis creditores ſunt reſpublica, *l. penult. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poſſ. l. 2. C. de jur. reip. lib.* 11. 29. qui in navem extruendam vel inſtruendam, vel in rem emendam crediderunt, *l. qui in navem*, 20. *l. quod quis navis*, 34. *ff. d. tit.* &c. Inter ejuſdem generis creditores numeratur & qui ob reſtitutionem ædificii collapſi pecuniam credidit, *l. ſi ventri*, 24. *§. 1. ff. eod. l. creditor*, 25. *ff. de reb. cred.* Sed huic poſtea Senatuſconſulto etiam pignus datum eſt, *leg. 1. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* quod haud dubie ad eum quoque pertinet, qui credidit in refectionem & fulturam domus alioqui ruituræ: vi ipſa enim reſtituit, qui efficit, ne ruat. Unde quæſitum eſt, an non & ille jus taciti pignoris habere debeat, qui in navem armandam aut reficiendam pecunias credidit. Multum enim intereſt, utrum quis tantum habeat perſonale privilegium exigendi, an vero hypothecam ſive pignus. Nam qui hypothecam habent, ſive tacitam, ſive expreſſam, præferuntur omnibus creditoribus, qui privilegium exigendi dumtaxat habent, *l. eos qui*, 9. *C. qui pot. in pign.* quam ob cauſam hi etiam fiſco poſtponuntur, *d. l. quod quis navis, ff. de reb. auct. jud. poſſ.* junct. *l. 1. & l. 2. C. in quib. cauſ. pign. tac. l. 2. C. de jur. fiſc. l. ſi quis*, 28. *ff. eod.* Ego non invitus in eorum ſententiam concedo, qui negant eum, qui in navem reficiendam credidit, jus tacite hypothecæ habere. Etenim omnes tacite hypothecæ legibus nominatim conſtitutæ ſunt; nulla autem lex talis hypothecæ meminit. Datur quidem in navem inſtruendam credenti perſonale privilegium exigendi, *d. l. qui in navem*, 26. & *l. quod quis*, 34. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* at idem privilegium etiam ei datur, qui credidit in navem extruendam aut fabricandam, quem conſtat tacitam hypothecam non habere, cum nec ei, qui

in

in extructionem novæ domus pecuniam mutuam dedit, tacitum pignus datum ſit, ſed ei tantum qui credidit in reſtitutionem, id eſt, reædificationem, & inſtaurationem collapſæ, *l.* 1. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Sed & idem privilegium iiſdem locis ei tribuitur, qui in navem aliamve rem emendam credidit, quæ tamen res in cauſam pignoris non deducitur, niſi id expreſſe convenerit, *l. quamvis*, 17. *C. de pign. l.* 7. *C. qui pot. in pign.* & ita ſæpe judicatum eſt, *deciſ. Cur. Holl.* 35. Sande *lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. & 7. Ant. Fab. *ſuo for. tit. qui pot. in pign. defin.* 10. Fallitur igitur Accurſius, & qui eum ſequuntur, Covar. 1. *reſol.* 7. *num.* 3. Neguzant. *p.* 2. *memb.* 4. *n.* 162. *caſ.* 16. aliique ibidem citati, dum putant, etiam eos, qui ad refectionem navis pecuniam mutuam dederunt, taciti pignoris jus habere, propterea quod horum pecunia non minus navem ſalvam fecit, quam illius, qua refecta aut reſtituta eſt inſula, ſive ædificium. Nam ſi hoc verum eſt, etiam ille, qui pecuniam ad navem aut aliam rem emendam credidit, eam rem ſibi obligatam habebit: quia utique per hanc creditoris pecuniam debitor conſecutus eſt, ut eam rem habeat, quod tamen falſum eſt, *d. l. quamvis*, *C. de pignor.* Nempe non temere, quod nominatim jure ſingulari tributum eſt ei, qui in reſtitutionem aut refectionem ædium pecuniam dedit, trahendum eſt ad quoſvis, qui in cujuſcumque rei refectionem pecuniam crediderunt, contra *l. quod vero*, 14. & *l. ſeq. ff. de legib.* Neque eadem profecto cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis farciendiſque non modo utilitas aliqua publica verſatur; ſed in eo etiam decus urbis & ornamentum agitur, ut ædificia integra ſint & bene compoſita, non caſſa & ruinoſa, ne aſpectus urbis deformetur ruinis. Quamobrem non in hac tantum re, verum etiam in aliis contra non neceſſarias demolitiones ædificiorum pro iis augendis & ſartis tectis tuendis multa legibus cauta & conſtituta ſunt. Nam & lex duodecim tabularum de tigno alienis ædificiis juncto agere non permittit, ut id eximatur, ne ſub hoc prætextu ædificia diruantur *l.* 1. *ff. de tign. junct.* & ſenatuſconſulto cautum, ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, niſi hactenus, ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *l. cætera*, 14. §. 1. & 2. *ll. ſeqq. ff. de legat.* 1. Quorum nihil ſimile in navi aut cæteris rebus. Ac propterea omnino dicendum eſt, ceſſantibus & verbis ſenatuſconſulti & ſententia, pignus in aliis rebus non conſtitui, quæ refectæ noſtra pecunia fuerunt, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenerit, extra cauſam creditæ in reſtitutionem aut refectionem ædium; ut navium quoque exercitio ad utilitatem reipublicæ pertineat, *l.* 1. §. *licet autem*, 20. *ff. de exerc. act.* Nam ſi ex eo inferre velis etiam eum, qui in refectionem navis credidit, tacitum pignus habere, eadem ratione & is habebit, qui in extruendam credidit, cum tamen, ut ante dictum eſt, ne ille quidem habeat, qui credidit in ædificationem novæ domus. Decepti fuere Accurſius & alii, qui contra ſentiunt, duobus locis Ulpiani, in quibus legerunt, eum, qui in rem conſervandam pecuniam credidit, cæteris creditoribus eſſe potiorem, quibus eadem res prius obligata erat, additis nominatim exemplis de eo, qui ad armandam vel reficiendam navem credidit, adjectaque hac ratione, quia hujus creditoris pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam *l. interdum*, 5. & *l. ſeq. ff. qui pot. in pign.* quæ utique ratio ad omnes ex æquo pertinere videtur, qui quid in rem reficiendam & conſervandam impenderunt. Jam vero, qui in rem reficiendam credidit, non poteſt potior in pignore cæteris haberi, niſi illi quoque navis obligata ſit. Sed male, inquam, hinc Accurſius colligit, eum, qui in navem reficiendam credidit, habere jus tacitæ hypothecæ, ſive pignus legale, conſtitutum lege ſine conventione. Neque enim aut locis iſtis, aut toto illo titulo, cui ſubjecta ſunt, tractatur, quomodo pignus conſtituatur, navis aut res alia pignori obligetur; ſed quæritur, quis ex iis, quibus diverſis temporibus eadem res obligata eſt, in pignore ſit potior: & illud dicitur, eum, qui in navem, (intellige ſibi obligatam, quod ſit aperta conventione) armandam aut reficiendam pecuniam credidit, quamvis poſterior crediderit, cæteris in pignore eſſe potiorem: quod deinde & ad alia porrigitur, veluti ſi quis in merces ſibi obligatas, ut ſalvæ ſiant, aut in cibaria nautarum, ſine quibus navis ſalva pervenire non poterat, &c. crediderit, *l. 6 d. t. per tot.* Itaque nec ratio, quam affert Juriſconſultus in *pr. d. l. 6.* concludit pro pignore; ſed ex hypotheſi pignoris conventione conſtituti concludit pro jure prælationis. Et ſic ob eandem rationem is, cujus pecunia prædium comparatum eſt, licet poſterior ſit, cæteris creditoribus hypothecariis præfertur; ſed non aliter, quam ſi id prædium ei obligatum ſit, quod non ſit niſi expreſſa conventione, *l. quamvis*, 17. *C. de pignorib. l. licet*, 7. *C. qui pot. in pign.* Eodem modo reſpondendum eſt ad *Nov.* 97. *cap.* 3. Nam nec illic Juſtinianus quicquam definit aut conſtituit de tacito pignore, ſed relatis diverſis creditoribus, qui quidem omnes hypothecam eamque privilegiatam habent, ſed alii expreſſam, quales ſunt, quorum pecunia navis aliave res fabricata, reparata aut comparata eſt, ea lege, ut pignori eſſet, *d. l. licet*, *C. qui pot. in pign. d. l. quamvis*, 17. *C. de pignor.* alii tacitam, ut mulier in cauſa dotis; tractat de jure prælationis, ſancitque ut inter hujus generis creditores temporis ordo ſervetur, & is nimirum cæteris præferatur, qui antiquiorem hypothecam,

eam, ſive expreſſam, ſive tacitam cum privilegio habet, juxta vulgatum illud, privilegiatus adverſus privilegiatum non utitur privilegio ſuo. *Nov. 91. cap. 1. l. ult. §. 1. in fin. C. qui pot. in pign. hab.* Atque hæc neotericorum communis ſententia eſt, Donell. *de pign. cap. 5.* Broch. *cent. 2. aſſert. 76.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviſſ. cap. 18.* Perez. *in C. t. in quib. cauſ. pign. tac. num. 13.* Bachov. *lib. 4. de pign. cap. 9. & 14.* a quibus male diſſentit Coſtalius ad *l. 5. ff. qui pot. in pign.*

CAPUT V.

An hypotheca conſtituta in rebus per beneficium l. 2. C. de reſc. vend. *avocatis extinguatur.*

SPECIES hæc eſto. Titius cum fundum a Sejo centum aureis emiſſet, eundem fundum ſibi traditum pignori obligavit Sempronius. Sejus venditor poſtea, cauſatus ſe ultra dimidium juſti pretii læſum eſſe, ſive ſe eum fundum duplo minore pretio, quam tempore contractus valebat, vendidiſſe, remedio *l. 2. C. de reſc. vend.* fundum avocavit recepitque. Quæritur an pignus ab emptore in eo fundo Sempronio conſtitutum reſolvatur? Bartolus conſtanter negat reſolvi in *l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* & alibi. Baldus contra affirmat in *d. l. 2. num. 17. quæſt. 13.* Bartoli ſententiam amplectuntur Cuman. Roman. Fulgoſ. Alexand. & alii citati a Pinello in *d. l. 2. p. d. 2. cap. 3. num. 11.* Boer. *deciſ. 181. num. 10.* ubi & communem hanc eſſe ſententiam teſtatur. Baldum vero ſecuti ſunt Caſtrenſis: Salic. Cagnol. Pinell. *d. loc.* aliique plures ibidem relati, Neguſ. *de pign. membr. 1. part. 5. num. 43.* Mantic. *lib. 11. de tac. & amb. conv. t. 31. num. 69.* Elegans ſane quæſtio & digna diligenti inquiſitione! Nos hic pro Bartolo adverſus Baldum ſtabimus non diſputandi tantum aut ingenii oſtentandi gratia; ſed quia veram eſſe ſententiam Bartoli, omnino perſuaſum habemus. Neque tamen in hanc ſententiam nos traxit Bartoli ratio, quaſi, cum emptor quod deeſt juſto pretio ſupplendo, reſtitutionem rei evitare potuerit, *d. l. 2. C. de reſc. vend.* alienatio iſta & rei in venditorem translatio non ſit neceſſaria, ſed potius pro voluntaria habenda: quo caſu res cum ſuo onere & cum ſua cauſa tranſeat, *l. 3. & l. ſeq. ff. quib. mod. pign. ſolv.* Nam ſi hujus controverſiæ deciſio ex eo tantum dependeret, utrum quæ alienatio voluntaria, an neceſſaria cenſenda ſit, in partes Baldi tranſirem: neque enim pro voluntario haberi debet, ad quod præſtandum judicio conveniri & urgeri poſſumus, tametſi alterius rei præſtatione nobis liceat defungi. Qui quid faciendum promiſit, ſi tantum temporis præterierit, intra quod fieri poterat, quod promiſit, in id ſolum conveniri poteſt, & id ſolum obligatione contineri incipit, quod ſtipulatoris intereſt factum eſſe, quod promiſſum erat, *l. 14. l. ſtipulationes, 72. l. ſi inſulam, 84. ff. de verb. oblig. l. 13. §. 1. ff. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat promiſſorem paratum præſtare, quod promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari, *d. l. inſulam, l. ſi ſervum, 91. §. 3. ff. de verb. oblig.* cum autem alterutrum præſtare neceſſe ſit, non poteſt promiſſor præſtando quod ſtipulatoris intereſt, dici id feciſſe ἑκουσίως, & volenti animo, non magis, quam ſi quis ex obligatione disjunctiva conventus, alterutrum ſolvat, dici poteſt ſponte & αὐτομάτως ſolviſſe, aut dominus noxali judicio conventus, ſi litis æſtimationem præſtare maluit, quam ſervum noxæ dedere: quod & Pinellus contra Bartolum bene obſervavit. Cæterum etſi nos rationem Bartoli improbamus, non tamen cum Pinello Baldum ſecuto improbamus Bartoli ſententiam: ſed alia ratione eaque vera & ſolida eam tuebimur: nempe quia jus creditori recte conſtitutum, reſtitutione poſt ſecuta citra injuriam ei auferri non poteſt: conſtitutum, inquam, creditori, ut in ſpecie propoſita, ab eo, qui plenum rei dominium habet, qui rem a domino emit pure ſine ulla conditione aut ſuſpenſiva aut reſolutiva, denique ab eo, cujus jus a nemine alio dependebat. Quid enim ſi primus emptor rem alteri vendidiſſet & tradidiſſet? Utique hunc effeciſſet dominum: neque primo venditori adverſus hunc ulla competeret actio: qui autem poteſt ſic, ut dixi, rem alienare, poteſt etiam, nec minus efficaciter, eam oppignorare, *arg. l. non debet, 21. ff. de reg. jur.* Atque hæc eadem, quam dixi, ratio etiam efficit, ut debitore ſervum, quem emit, & oppigneravit, redhibente, pignus non ſolvatur, *l. 4. ff. quib. mod. pig. vel hyp. ſolv. l. bovem, 43. §. pignus, 8. ff. de ædil. edict.* neque etiam eo caſu ſolvatur, quo res diſtracta eſt ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret, *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign.* non autem ideo tantum quod redhibitio illa aut redditio ſit voluntaria: quamquam illud etiam verum eſt, poſſe jus alicui ſemel quæſitum voluntate ejus, per quem illud quæſitum eſt, illi auferri, *l. ult. ff. de pact. l. 1. §. ſi rem, 25. ff. depoſ. l. qui balneum, 9. pr. l. potior, 11. pr. ff. qui pot. in pign.*

Utique ex iis, quæ dicta ſunt, manifeſtum eſt, propoſitionem illam Baldi ex *l. lex vectigali, 31. ff. de pignorib.* quod reſoluto jure dantis reſolvatur & jus accipientis, perpetuam non eſſe: & alioqui nulla non alienatione rei neceſſe eſſet pignus finiri. Procedit iſta propoſitio ſive regula 1. ubi res ab eo pignorata eſt, qui plenum in ea re jus non habet, ſed alius eſt, qui in eadem re jus habet potentius reique ipſius proprietatem, & ad quem jus illud a proprietate ſeparatum, quod alter habet, certis caſibus & certis ex cauſis pervenire poteſt, ſive

iſtud

Digitized by Google

Iſtud jus ſit affine dominio, quale eſt emphyteuticum & ſuperficiarium, quod pragmatici utile dominium vocant, ſive ſervitus tantum & nudum jus utendi fruendi. Igitur ſi emphyteuta emphyteuſim, aut ſuperficiarius ſuperficiem oppignoraverint, jure eorum ſublato puta quod alter in ſolutione canonis ceſſaverit, alter in ſolvendo ſolatio, evaneſcet & pignus, *l. lex vectigali*, 32. *ff. de pignorib. l. etiam ſuperficies*, 15. *ff. qui pot. in pign.* Nam quod domino jure publico certo caſu tributum eſt, id ei facto alieno adimi nequit. Eadem ratione & fortiore, ſi fructuarius uſumfructum pignori dederit (poteſt enim hoc facere, *l. 9. §. 1. l. ſi is*, 11. *§. 2. ff. de pignor.*) finito uſufructu & ad proprietatem reverſo dicendum eſt jus pignoris ſimul expiraſſe. 1. Certo jure regula ſuperior procedit, quando heres eam rem pignori dedit, quæ legato aut fideicommiſſo conditionali eſt obnoxia, & conditio extiterit, *l. 3. §. ſin autem*, 3. *C. comm. de legat. l. grege*, 13. *§. 1. ff. de pign.* quod & in reliquo jure medio tempore conſtituto obtinet, puta ſervitute, uſufructu, *l. is cui*, 11. *§. 1. ff. quemadm. ſerv. am. l. ſi ſub*, 16. *ff. quib. mod. uſ. am.* Item cum creditor pignus quod accepit, alteri obligavit, & debitor pecuniam, quam debebat, ſolvit: hic enim & jus ſecundi creditoris merito placet extingui, *l. debitor*, 40. *§. ult. ff. de pignor. act. l. 1. & l. 2. C. ſi pign. dat.* 3. Procedit eadem regula, cum contractus pure quidem eſt initus; ſed ſub conditione reſolutiva, ut fiat in terminis factæ venditionis ſub lege commiſſoria, aut in diem addictione: itaque & hic ſi emptor medio tempore rem ſibi traditam pignori obligaverit, & ſua die pecuniam non ſolverit, aut alius intra diem præſtitutam meliorem conditionem obtulerit, cum contractu pignus quoque ſolvitur *l. 3. in pr. ff. quib. mod. pign. ſol. l. 4. §. 3. ff. de in diem addict.* Nam ſicut conditio ſuſpenſiva exiſtens retro ponit, quaſi ab initio pure contractum eſſet; ita conditio reſolutiva retro tollit, quaſi ab initio nihil actum eſſet. Et quod notandum eſt, hoc caſu citra ullum factum emptoris vi pactionis, cui hanc poteſtatem lex dedit, ipſo jure dominium rei revertitur ad venditorem, eamque vindicare poteſt a quocumque poſſeſſore; *l. 4. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. verſ. quæſitum, ff. de l. commiſſ.* non utique tanquam rurſus ei acquiſitam, ſed quaſi nunquam emptoris factam. At non procedit iſta regula, quando res vendita & tradita eſt ex contractu nulla conditione reſolutiva modificato; ut in caſu, quem proponit Ulpianus & auctoritate Marcelli decidit in *l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. ſolv.* nempe ſi res diſtracta ſit ea lege, ut ſi diſplicuiſſet emptori, eam reddere liceret, pignus in ea re ab emptore conſtitutum non finiri. Nam iſta conditio minime reſolutiva eſt aut reſolutivæ vim habet, ut ea exiſtente ipſo jure reſolvatur & retro annulletur contractus: ſed firma manente ipſo jure venditione ſi emptor legem contractus exercere velit, & rem reddere, datur ei in hoc ut venditor rem recipiat, actio ex empto, aut proxima empti in factum præſcriptis verbis, *l. 6. ff. de reſc. vend.* Multo minus ergo locus eſſe poterit ſuperiori regulæ in caſu, quem propoſuimus, ubi pure & ſine ulla conditione, qua exiſtente aut reſolvatur contractus, aut ad eum diſſolvendum agere liceat, venditio facta eſt, & pleno jure dominium rei translatum. Ne quis autem putet iniquam hoc pacto inferri conditionem venditori, ſi rem cum onere pignoris recipere cogatur, paratum ſic eſt venditori remedium ab Ulpiano & Paulo propoſitum in *l. redhibere*, 21. *§. 1. & l. bovem*, 43. *§. pignus*, 8. *ff. de ædil. edict.* nempe ut petat rem liberam reſtitui, aut eo nomine ſibi ab emptore caveri. Quorum neutrum ſi præſtet emptor, pretium præciſe ſupplere tenebitur, amiſſa eligendi facultate, ut bene diſputat Bachovius *lib. 5. de pignorib. cap.* 13. Ex his porro facile colligi poteſt, quid dicendum ſit, ſi res vendita cum pacto retrovendendi ab emptore pignori obligata ſit, & venditor poſtea oblato pretio præſcriptis verbis aut ex vendito agat, ut contractus fides ſervetur, & res ſibi reſtituatur ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* nimirum pignus non ſolvi, contra Neguſantium *dict. p. 5. memb. 1. num.* 44. Idem dicendum eſt, ſi donatarius rem ſibi donatam pignori dedit, & propter ingratitudinem revocata ſit donatio: quamquam id negent Pinellus ubi ſupra *num.* 19. & Ant. Fab. *deciſ.* 23. *err.* 4. qui contendunt hoc caſu pignus ſolvi. Pinellus hac ratione, quia donatarius invitus rem reſtituere tenetur, quæ ratio quam infirma ſit, ſuperiora ſatis oſtendunt. Faber, quia donatio reſolvitur ipſo jure: quæ quidem ratio bona eſſet, ſi vera. Sed magis eſt, ut falſa ſit. 1. Quia perſonalis tantum actio ad revocandam donationem donatori datur, *l. his ſolis*, 7. *verſ. actionem vero matris, C. de revoc. donat.* 2. quia actio illa revocatoria non tranſit ad heredem, *l. 1. d. l. 7. l. ult. C. eod.* 3. quia exigitur mutatio voluntatis, *d. l. 1. & d. l. ult. verſ. ex his*, 4. *arg. l. 11. ff. de reg. jur. l. traditionibus*, 20. *C. de pact.* nec poteſt ullus dari textus, quo probetur ipſo jure hic donationem reſolvi. Nam quod in *d. l. 7. C. de revoc. donat.* dicitur, actionem, qua mater ab ingratis liberis donationem revocat, ita perſonalem eſſe, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi; non hoc ſignificat eam actionem in rem eſſe, aut tantum effectum actionis in rem habere: nulla enim actio in perſonam dari poteſt, quæ actionis tantum in rem habeat effectum; ſed hoc, effectum tantum ultionis injuriæ habere, & vindictam ſolummodo perſequi, non pecuniam. Nempe iis verbis indicatur ratio, quare placeat actionem, quæ adver-

ſus

Digitized by Google

ſus ingratos ad revocandam donationem datur, ſolis dari ipſis donatoribus, non etiam heredibus eorum, quoniam ſcilicet effectum tantum habet vindicationis, id eſt, vindictæ & ultionis injuriæ, ut actioni injuriarum in hoc ſimilis ſit, quam conſtat heredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, §. 1. *Inſt. de perp. & temp. act.* Vindicare enim proprie eſt ulciſci, & vindicare injuriam ſibi factam in *l. 2. §. item ſi, 5. in fin. ff. de judic. l. deferre, 18. §. ſed communem, 7. ff. de jur. fiſc.* ſignificat exequi & crimen perſequi adde Cujac. *lib. 4. obſ. cap. 19.* Bachov. *lib. 5. de pign. cap. 13.*

CAPUT VI.

An juri offerendi debiti luendique pignoris præſcribatur longiſſimo tempore, ſeu triginta aut quadraginta annis?

CREDITOR, qui in ſecuritatem crediti pignus accepit, ſoluto debito illud reſtituere debet, atque in eam rem prodita eſt debitori actio directa pignoratitia, *tit. ff. & C. de pign. act.* quæ actio toto genere differt ab ea, quæ hypothecaria dicitur, quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcumque pignoris poſſeſſorem, *§. item Serviana, 7. Inſt. de act. l. pignoris, 17. ff. de pignorib.* At pigneratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti a prætore datur: hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſive hypothecariam, quæ alias Serviana aut quaſi Serviana, etiam pigneratitiam appellant, *l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. naturaliter, 13. ff. de cond. indeb. l. rem. alienam, 41. ff. de pign. act. l. ſi Titio, 22. ff. de pignor.* quod notatu dignum. Cum autem debitor actione pigneratitia efficaciter experiri nequeat, niſi toto debito exſoluto, quæſitum eſt, an jus illud, quod debitor habet, offerendi ſcilicet pecuniam & pignus luendi, præſcriptione triginta aut quadraginta annorum tollatur. Negant Rogerius in *dialog. tract. de præſcript.* Gail. 2. *obſ.* 18. Myſing. 1. *obſ.* 16. & DD. ſi fides Gailio, communiter. Affirmant Gloſſ. *in l. 13. ff. de uſuc.* Coſtalius *ad l. mulier, 19. ff. qui pot. in pign.* Bachov. 5. *de pign. cap.* 20. Neguſant. *p. 6. m. 2. n. 19.* quorum poſteriorum ſententia meo judicio probabilior eſt, eamque & communem eſſe ait Neguſantius. Negantium ſententia, ſeu affirmantium, poſſe pignus perpetuo lui etiam poſt triginta annos, defenditur hiſce fere rationibus. 1. Quia ſolvere debitum vel non ſolvere, ſi creditor non urgeat, eſt meræ facultatis: rerum autem meræ facultatis nulla eſt præſcriptio, *l. 2. ff. de via publ.* & ſibi imputare debet creditor, ſi debitore ceſſante ſolvere, ipſe eum non interpellaverit, & ad venditionem pignoris proceſſerit, aut non reperto emptore jus dominii impetraverit, juxta *l. 3. C. de jur. dom. impetr.* 2. Quia præſcriptio actionis demum incipit currere, ubi actio nata eſt, *l. 7. §. 4. C. de præſcr. trig. annor. l. 1. §. ult. C. de annal. except.* At actio pigneratitia demum poſt ſolutionem aut oblationem & depoſitionem pecuniæ naſcitur, *l. ſi rem, 9. §. 3. & ſeqq. ff. de pign. act.* ac proinde ex eo demum tempore, quo pecunia oblata aut ſoluta eſt, utpote contra actionem jam natam currere incipiet præſcriptio. 3. Quod cum poſſeſſio creditoris ad uſucapionem proſit debitori, *l. qui pignori, 36. ff. de acq. poſſ. l. ſervi, 16. ff. de uſuc.* abſurdum ſit dicere præſcriptionem creditoris debitori etiam nocere, eique obſtare, quo minus cum creditore actione pigneratitia experiatur, ut diſputat Cujacius ad *l. pignori, 13. ff. de uſuc.* Atque hæc ſunt præcipua eorum argumenta, qui negant jus luendi pignoris ullius temporis præſcriptione tolli. Cæterum quo minus huic ſententiæ ſubſcribam, impediunt illæ conſtitutiones, quæ diſerte volunt omnem actionem & omne jus ſive privatum, ſive publicum triginta & ad ſummum quadraginta annorum ſpatio excludi, *l. 3. l. 4. C. de præſcr. trig. annor. l. 1. §. 1. C. de annal. except.* Tale autem utique jus eſt etiam jus debiti offerendi & luendi pignoris. Et cum jus creditoris adverſus debitorem & adverſus tertium extraneum poſſeſſorem pignoris; item jus primi creditoris adverſus ſecundum, atque ex contrario jus ſecundi adverſus primum longiſſimi temporis præſcriptione tollatur, nunc triginta, nunc quadraginta annorum, *l. notiſſimi, 7. pr. & §. 2. & 3. de præſcr. 30. annor.* non video cur non etiam tanti temporis præſcriptione tolli poſſit jus luendi pignoris. Falſum enim eſt, quod pro vero ſupponitur a contrariæ ſententiæ auctoribus in primo eorum argumento, nempe jus luendi pignoris eſſe meræ facultatis eo ſignificatu, quo rerum meræ facultatis negatur eſſe præſcriptio. Deſcendit enim illud jus ex obligatione, quam debitor in judicium deducere poteſt: alloqui omnis actio & perſecutio res meræ facultatis dicenda eſſet. Sed illud meræ facultatis eſſe dicitur, quod citra ullam obligationem aut conventionem cujuſque libero arbitrio jure omnium communi permittitur, quale eſt facultas eundi per viam publicam: quæ facultas nec ſolo non uſu amittitur, nec prohibitione aliena. Poſſum quolibet cœnaculo aut conclavi ædium mearum libere uti, nec ſi aliquo eorum longiſſimo tempore uſus non ſim, jure meo excludor: non tamen eo ſenſu, quo dixi, illud jus meum res eſt meræ facultatis:

Digitized by Google

tatis : nam ſi alter re mea uſus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet præſcriptio. Similiter jure libertatis licet cuique tam alte, quam velit, nullo ſtatuto intercedente, ædificare: & quamvis aliquis per triginta annos non ædificaverit, non ideo tamen jus altius tollendi amittit. Eſtne ergo id jus meræ facultatis? Minime. Nam ſi te altius ædificantem prohibuerit, & ex eo tempore altius ædificatum non habueris per ſpatium præſcriptioni ſtatutum, procedet contra te præſcriptio ſervitutis. In rebus autem, quæ proprie dicuntur eſſe meræ facultatis, prohibitio nihil efficit, *l. 2. ff. de via publ.* Male igitur hæc omnia a pleriſque conjunguntur & tamquam paria habentur, quaſi idem omnium eſſet effectus. Enimvero jus agendi de facto, ut loquuntur; ſeu ipſum agendi & nudum intendendi factum meræ facultatis eſt, eique nunquam præſcribi poteſt, ſed jus agendi cum effectu, ut obtineam, quod peto, meræ facultatis non eſt, & præſcriptione tolli poteſt, quale eſt Jus luendi pignoris debitori ex contractu quæſitum. Sic ſi res aliqua venierit cum pacto de revendendo ſine ulla temporis determinatione, puta ut fas ſit venditori, quandocumque ſibi libuerit, redimere, non niſi intra triginta annos redimere poterit, quia actio perſonalis quæ ex hac conventione naſcitur, *l. 2. C. de pact. int. empt.* tanto tempore tollitur, *l. 3. C. de præſcr. 30. annor.* neque clauſulæ, *ſemper*, *quandocumque* extendi debent ultra terminos jure publico præſcriptos actionum durationi. Nec verum eſt, quod actio, qua quis oblato pretio ex pacto revenditionis petere poteſt rem venditam ſibi reſtitui, ſit meræ facultatis: non enim in abſoluta facti poteſtate poſita eſt, ſed jure obligationis conſiſtit, eſtque jus ex contractu alteri ab altero debitum, ut recte Bronchorſtius *cent. 2. aſſert. 62.* qui tamen non idem admittit in caſu, quem hic tractamus principaliter, *cent. 4. aſſert. 4.* quod mirum eſt. Secunda contrariæ opinionis ratio eodem vitio, quo prima, laborat: quippe quæ & ipſa nititur falſa hypotheſi, nempe actionem pignoratitiam tum demum naſci, cum pecunia debita ſoluta aut oblata eſt. Nam actio pignoratitia eandem cum jure luendi pignoris nativitatis horam habet, id eſt, ſtatim naſcitur atque re contracta eſt obligatio ſeu pignus creditori traditum, *l. 1. §. creditor, 6. ff. de oblig. & act. §. ult. Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* Nec obſtat quod dicitur in *l. 9. §. 3. ff. de pign. act.* pecuniam exſolutam eſſe debere, ut naſcatur pignoratitia actio: nam id accipiendum eſt de effectu & actu ſecundo, quia ſoluta demum pecunia efficaciter intentari poteſt. At reſpectu actus primi ſtatim, ut dixi, naſcitur, nec aliud eſt quam jus luendi pignoris. Sic etſi obligatio & actio empti naſcitur quoad actum primum ſimulatque de pretio convenit, *Inſt. de empt. & vend. in pr. & §. 3.* niſi tamen emptor pretium offerat, cum effectu agere non poteſt, *l. Julianus, 13. §. offerri, 8. ff. de action. empt.* An igitur non curret præſcriptio longiſſimi temporis adverſus actionem exempto, niſi ex eo tempore, quo pretium oblatum eſt? Neminem adhuc legi, qui id dicat. Illud verum eſt, quod non valenti agere propter impedimentum juris non currat præſcriptio, veluti ſi obligatio diem habeat, *l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. annor.* & in ſpecie *l. 1. §. ult. C. de annal. except.* ubi agitur de filiofam. cui ideo durante patria poteſtate præſcriptio non currit, quia nec agere ea durante poteſt, quod eſt impedimentum juris. At debitori nullum obſtat impedimentum juris, quo minus agat, ſed facti dumtaxat, puta quod non habet pecuniam. Denique nec tertia ratio, quæ Cujacii eſt, contrariam ſententiam multum juvat. Neque enim hoc dicimus creditorem poſt triginta annos defendi jure aliquo acquiſitionis aut propter uſucapionem, ſed ſolo tempore ſeu communi exceptione temporis, quo ex lege Theodoſii omnis actio finitur, atque ideo hic nec titulum nec bonam fidem requirimus; ſed ſicut in actionibus temporalibus anni vel biennii veluti injuriarum & doli, fruſtra de bona fide quæritur, ita & in hoc caſu poſt triginta annos: Alias nec actio commodati aut depoſiti tanto tempore finiretur. Itaque fruſtra eſt Bronchorſtius *cent. 4. aſſert. 4.* dum objicit *l. nullo, 24. C. de rei vind. l. un. C. de uſuc. transform. l. 1. Cod. comm. de uſuc.* quippe quibus locis agitur de uſucapione aut longi temporis præſcriptione, modis acquirendi dominii aut juris alicujus dominio proximi, qui ſine juſto titulo & bona fide, veraque poſſeſſione non procedunt. At nos agimus de actionis perſonalis præſcriptione, quam ſola parit negligentia non petentis & lapſus temporis. Sic etſi precario poſſidenti nec longiſſimo tempore acquiritur proprietas, *l. 2. C. de præſcr. 30. annor.* interdictum tamen & actio perſonalis triginta aut quadraginta annis finitur *l. 3. & l. 4. Cod. eod. t.* Minus obſtant *l. 10. & l. ult. C. de pign. act.* immo magis obſtant contrariæ ſententiæ, quod etiam Cujacius fatetur: loquuntur enim Imperatores de actione pigneratitia jam nata & cum effectu competente, ſolutione ſcilicet jam facta, aut oblata conſignataque pecunia, eamque longo tempore tolli negant, cum tamen nemo ſit, qui neget eam tolli tempore longiſſimo.

C A P U T VII.

An ἀντίχρησις ſit ſpecies pignoris, & an aliqua ſit ἀντίχρησις tacita?

QUÆSTIO hæc non eſt vulgaris, & digna, quæ diligentiſſime excutiatur, propterea quod Interpretes noſtri non intellexerunt. quid

quid ἀντίχρησιν, & falſo ſibi perſuaſerunt eſſe aliquam ἀντίχρησιν tacitam: quod primus obſervavit Claudius Salmaſius *ὁ πάνυ lib. de mod. uſur. c.* 14. Ut autem res tota penitus intelligatur, primum referam quæ ab interpretibus circa hanc rem tradita ſunt; deinde quatenus a vero aberraverint, oſtendam. Interpretibus omnibus antichreſis eſt ſpecies pignoris cum res ea conditione pignori datur, ut creditor percipiat rei fructus in vicem uſurarum, donec debitor pecuniam ſolvat, *arg. l.* 11. *§.* 1. *ff. de pign. l. ſi pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* Alias ſi tale pactum non interceſſerit, conſtat non licere creditori pignore uti, *§.* 6. *Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* nec fructus eum lucrari, ſed in ſortem eos imputare debere, ita ut ſortis obligatio minuatur, & quantum ex re pignorata fructuum percepit, tantum ei in ſolutione ſortis decedat atque detrahatur, *l.* 3. *l.* 12. *C. de pign. act. l.* 1. *C. de diſtract. pign.* Atque hæc iis eſt antichreſis expreſſa, quæ valeat, etſi perceptio fructuum legitimum uſurarum modum excedat, propter incertum fructuum eventum, *l. ſi ea lege*, 17. *C. de uſur.* quanquam domum hoc caſu creditor ipſe inhabitare, non aliis locare debeat, aut alias quod ultra modum uſuræ mercedis nomine accepit, in ſortem imputare, *l. ſi ea*, 14. *C. eod. t.* Eſt & interpretibus noſtris tacita quædam antichreſis, quando ſcilicet nihil de uſuris, nihil etiam de fructibus uſurarum vice percipiendis dictum eſt, ſed pecunia gratuita; id eſt, ſine ulla uſurarum expreſſa mentione credita eſt, & res talis pignori data, quæ fructus ferat: quaſi ipſa datione, cum res pignori datur, quæ fructus profert, illud conveniſſe tacite intelligatur, ut fructus loco uſurarum & compenſationis cujuſdam vice, retinere creditori liceat: ſi enim debitor eo animo noluiſſet tradere pignus fructuum ferax, proteſtari eum debuiſſe ajunt, nolle ſe ex pignoris ſui fructibus quicquam ſibi decedere. Sed hanc tacitam conventionem ἀντιχρήσεως non efficere, ut legitimus uſurarum modus excedatur. Rationem hanc eſſe, quia cum creditor uſuras ſtipulatus non ſit, ſed gratuitam pecuniam mutuo dederit, humanitate debitoris, qui fructus ei ex re pignerata beneficii loco percipere conceſſit, contentus eſſe debet, cum ſibi nulla conventione proſpexerit & totum hoc, quantumcumque percipit, ex debitoris humanitate percipiat, *l. cum debitor*, 8. *ff. in quib. cauſ. pign. tac.*

Sed non unus Interpretum hic error eſt, 1. quod crediderunt ἀντίχρησιν nihil aliud eſſe, quam contrarium uſum, cum ea voce ſignificetur contrarium mutuum: quippe χρῆσιν Græcis non ſolum eſt uſus, ἀπὸ τοῦ χρῆσθαι, ſed etiam mutuum, ἀπὸ τοῦ χρᾶσαι quod eſt a χράω ſeu κίχρημι, commodo, do mutuo, utendum do, δανείζω, unde χρήστης creditor. Hinc ergo & ἀντίχρησις contrarium mutuum. Marcianus in *l. ſi pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* tropica locutione pro fundo ἀντιχρηθέντι accepit, uti & χρῆσιν ipſum mutuum eſt, & res quæ mutuo datur. Idem Marcianus in *l.* 11. *§.* 1. *ff. de pign.* ita ſcribit, *Si ἀντίχρησις facta ſit*, &c. Hic ſane antichreſis non poteſt accipi pro mutuo uſu. Quid enim eſſet mutuum uſum facere? at mutuum facit, qui mutuum dat: ergo antichreſin facit, qui dat e contrario mutuum debitor tradendo fundum aut ædes, ut ex fructibus aut penſionibus creditor compenſationem uſurarum percipiat. Cæterum improprie ἀντίχρησις dicitur contrarium mutuum, quia mutuum tantum in rebus, quarum uſus in abuſu conſiſtit, locum habet, quanquam Latini etiam verbo mutuari utuntur in aliis rebus atque etiam in his, quæ ſolo continentur, cum ad uſum commodantur. Auctor Dialogi de Oratore: *Domum mutuatur, & auditorium exornat & ſubſellia conducit*, ut & commodare pro mutuo dare. Cicero *Verrin.* 5. *Commodaſti tritici modios ſexaginta*. Caper vetuſtiſſimus Grammaticus, *Commoda*, χρῆσον.

2. Quod crediderunt in pura antichreſi creditorem habere jus pignoris. Nam ſi jus pignoris creditor in antichreſi ſive contrario mutuo haberet, utique poſſeſſione ἀντιχρήσεως amiſſa, eam repetere poſſet actione hypothecaria. At in *l.* 11. *§. ff. de pign.* non hypothecaria, ſed in factum actione iſto caſu agi ſolere ſcribit JCtus. Et hoc tantum ait, creditorem pignoris loco retinere poſſeſſionem, donec in pecunia ſolvatur: quod & Cujacio ſuboluit *lib.* 3. *obſ. c.* 35. *in fin.* quanquam putat tentari poſſe hypothecariam quoque creditori competere, nulla tamen nixus auctoritate, niſi Marciani in *l. ſi pecuniam*, 33. *ff. de pign. act.* ubi προπετῶς JCtus ἀντίχρησιν appellat pignus ἀντιχρητικὸν, ſive fundum cum pacto ἀντιχρήσεως oppigneratum. Non obſtat, *l. Cajus Sejus*, 39. *ff. de pign. act.* nam in ſpecie, quæ illic proponitur, pignus revera non intervenit, nec ab initio vera antichreſis fuit; ſed poſtea pactum interceſſit, ut creditor pignus ſuum, hoc eſt, fundum debitoris, in compenſationem pecuniæ ad certum tempus poſſideret vice ἀντιχρήσεως. Pura vero antichreſis non eſt pactum in pignore, cum nec ipſa pignus ſit, ſed contrarium mutuum. V. G. das mihi pecuniam mutuam ſub conditione, ut accipias fundum in antichreſin, cujus fructus percipias pro præſtatione uſurarum, quas a me legitimas ſtipulari potes. In hac χρήσει & ἀντιχρήσει nulla pignoris mentio, nec ullum pignus. Speciem veræ puræque ἀντιχρήσεως nobis exhibet *l. ſi ea pactione*, 14. *C. de uſur. & d. l.* 11. *§.* 1. *ff. de pign.* At in *l. ſi ea lege*, 17. *C. de uſur.* ut verba ipſa oſtendunt, non agitur de pura ἀντιχρήσει, ſed de pignore ἀντιχρητικῷ ſive cum pacto ἀντιχρήσεως.

3. Errant, quod putant eſſe aliquam tacitam

tam antichreſin. Nam nulla poteſt eſſe tacita antichreſis, quæ quidem vera ſit. Quemadmodum enim nulla χρῆσις eſt tacita ita nec ulla vera ἀντίχρησις, ſed oportet conventione id actum eſſe. Si aliqua tacita eſt antichreſis ſecundum Doctores ut creditor fructus ex re pignorata ſine conventione expreſſa percipere & in uſuras imputare queat, quonam caſu procedet illud, quod tot locis ſimpliciter traditum eſt, creditorem fructus ex re ſibi pignerata perceptos in ſortem imputare debere? *l. 1. l. 2. l. 3. l. ult. Cod. de pign. act. l. 1. Cod. de diſtr. pign.* an eo ſolo, quo proteſtatus eſt debitor ſe nolle pignoris ſui fructus lucro cedere creditoris? Hoc autem dicere valde abſurdum ne dicam ineptum eſt. Neque enim ex pignoris conventione conventio tacita ſuper uſuris facta intelligi poteſt, quoniam pignoris finis eſt, ut creditori cautum ſit de ſorte, ne moretur in damno: nec adeo rationi convenit, ut ad alium finem dationem pignoris torqueamus, ut creditor lucretur fructus pro uſuris, & ita circumveniatur miſer debitor, & dum ſe gratuitam pecuniam putat accepiſſe, graviſſimis uſuris ſubjiciatur, id eſt, centeſimis. Non adverſatur *l. 11. Cod. de uſur.* nam locus iſte intelligendus eſt de prædiis obligatis cum pacto ἀντιχρήσεως, cum ſc. convenit, ut invicem uſurarum creditor fructus perciperet; & hoc tantum dicitur oblatione pecuniæ antichreſin diſſolvi, & pignus ἀντιχρητικὸν mutari in ſimplex. Fruſtra autem putant Doctores noſtri ſententiam ſuam de tacita antichreſi confirmari *l. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Thema hujus legis eſt; Titius gratuitam pecuniam credidit Sejo, & ab eo accepit pignori fundum: Etſi de uſuris nihil convenit, poteſt tamen Titius, ſi nolit amplius gratuitam eſſe pecuniam, & Sejus debitor interpellatus moram ſolutioni faciat, de fructibus rei pigneratæ uſuras ex eo tempore retinere, dum ad legitimum modum id faciat. Ampliores autem, quam ſunt legitimæ uſuræ, fructus percipere non poteſt, ut in vera antichreſi, quia tale nihil convenit. Tantum id ſervare poteſt, quod ipſius intereſt pecunia ſua alium ſe invito non uti. In antichreſi non poteſt mutuum repetere creditor, quamdiu poſſeſſionem ἀντιχρήσεως retinet. Aliud vero eſt in gratuita pecunia, quæ ut plurimum arbitrio creditoris repeti ſolet. Sed nec tacitum pignus aut tacita hypotheca hæc, de qua agitur, dici poteſt. Nam de eo conventio expreſſe facta videtur, ut pignus illud traderetur creditori pro pecunia credita. Quippe niſi ex pignore tradito non potuiſſet creditor retinere fructus nomine uſurarum. Cæterum cum fructus prædiorum oppigneratorum nominatim pignori dari poſſint, *l. 1. §. 2. ff. de pign.* Et cum pro uſuris pignora quoque accipi jus ſit, *l. grege, 13. §. ult. ff. eod.* tacito velut pignore fructus rei pigneratæ poteſt creditor in compenſationem uſurarum retinere, etiamſi ex pacto non debeantur. Nec tamen poteſt ultra legitimas; quia vel hoc ipſum, *uſque ad legitimas*, in uſuris, quæ pactæ non ſunt, ſi æquum viſum eſt, ulterius iniquum foret. Atque ut in bonæ fidei judiciis ex mora uſuræ debentur & peti poſſunt, ita in gratuitæ pecuniæ mutuo, ſi moram fecerit debitor uſuras de quibus non convenit, creditor per retentionem ſervare poteſt ex fructibus rei oppigneratæ. Sic cum uſuræ exigi non poſſint in ſtrictis judiciis niſi in ſtipulationem deductæ, poſſunt tamen per retentionem pignoris ſervari, *l. 3. l. 4. C. de uſur.* non diſſimili ratione per retentionem fructuum rei pignori datæ poſſe uſuras, de quibus præſtandis nihil convenit, ſervari atque ad modum legitimum compenſari, licet exigi non poſſit, velle videtur Paulus in *d. l. 8. ff. in quib. cauſ. pign. tac.* Illud diſſimile eſt, quod in *d. l. 4. C. de uſur.* ſaltem pacto de uſuris convenerat: ſed tunc uſuræ per retentionem pignoris ſervari poſſunt etiam ubi mora non intervenit. Hotomanus *lib. 4. obſ. cap. 4.* contendit apud Paulum in *d. l. 8. ff. quib. in cauſ. pign. tac.* deeſſe negationem, & JCtum ita ſcripſiſſe; *Cum debitor non gratuita pecunia utatur*, quod & Salmaſius magis probat, quaſi Paulus, cum ſic loquitur, rationem afferat cur de fructibus rei pigneratæ uſuras retinere creditor poſſit, quia ſcilicet non utebatur debitor pecunia gratuita, & uſuras pactas non ſolvebat. Quod ſi ponamus uſuras non eſſe pactas, aut pactas a debitore ſolvi, procedere debere diſpoſitionem *l. 1. l. 2. l. 3. C. de pign. act. l. 1. C. de diſtract. pign.* nec obſtare, quod ſupra aliquoties dictum eſt, antichreſin liberam eſſe legibus, quæ certum modum uſuris poſuerunt, *l. 14. l. ſi ea lege, 17. C. de uſur.* Illud enim verum quidem eſſe in pura putaque antichreſi, aut etiam in pignore ἀντιχρητικῷ, cum hoc ab initio actum fuit, ut pro uſuris pecuniæ creditæ fructus fundi in antichreſin traditi cederent lucro creditoris, ut in *d. l. 14. & l. 17.* At hic quæſtionem eſſe de uſuris, quibus ſolvendis debitor moram facit, cum de fructibus in compenſationem uſurarum percipiendis nihil dictum eſt. Cum igitur de fructibus fundi oppignerati citra pactum ἀντιχρήσεως, debitore non ſolvente, uſuras retinere poſſe dicatur creditor, non poſſe eum excedere legitimas uſuras, quæ ſolæ ipſi debentur. Quod ſuperfuerit ex fructibus ſorti imputandum eſſe. Ita Salmaſius *lib. de mod. uſurar. c. 14.* cui prope eſt, ut aſſentiar.

CAPUT VIII.

An & quando evictioni ſit locus in hereditate vel actione vendita, & donatione vel legato?

EVINCERE eſt rem jure judicioque auferre. Locum autem præcipue habet evictio in emptione. Nam cum emptor non ſolum rem emptori tradere teneatur, ſed etiam emptori præſtare, rem habere, tenere & uſucapere licere, *l.* 11. §. 2. *l. ſervus*, 30. §. *ult. ff. de act. empt.* ideo ſi res evincatur, merito emptori evictionem præſtat: quæ præſtatio pars eſt obligationis empti & venditi, *l. in vendendo*, 66. *ff. de contr. empt. l.* 6. *C. de evict.* Cæterum & in aliis quoque contractibus evictio præſtatur, ut in permutatione & in ſolutum datione. De permutatione eſt textus in *l. ſi permutationis*, 29. *C. de evict.* Ratio eſt, quia permutatio emptioni fere eſt ſimilis *lib.* 1. *ff. de rer. perm.* Illa tamen differentia eſt, quod de re empta evicta datur actio ex empto, *d. l.* 6. *C. de evict.* at de re permutata evicta datur actio præſcriptis verbis, *l.* 5. §. 1. *ff. de præſcr. verb.* Datio quoque in ſolutum venditioni comparatur, *l.* 4. *Cod. de evict. l. eleganter*, 24. *pr. ff. de pignor. act. l.* 4. §. *auctoris*, 31. *ff. de dol. mal. except.* & ideo placuit etiam in datione in ſolutum evictionem preſtari, *d. l.* 4. *C. de evict.* atque ei, cui res in ſolutum data evincitur, utilem ex empto actionem de evictione dari, *d. l.* 24. *pr. ff. de pign. act. d. l.* 4. *Cod. de evict.* de quo tamen vide Cujacium *lib.* 19. *obſ.* 38. Sed & in judicio familiæ erciſcundæ, quoniam rerum hereditariarum inter coheredes diviſio quaſi quædam venditio eſt, *l.* 1. *Cod. comm. utriuſq. judic.* æquum viſum eſt eos inter ſe evictionis periculum præſtare, *l. heredes*, 25. §. *item curare*, 21. *ff. fam. erciſc. l. ſi familiæ*, 14. *Cod. eod.* Et idem quoque obtinet in judicio communi dividundo, *d. l.* 1. *C. comm. utriuſq. judic.* Exempiuntur tamen nonnulli caſus, quos hic recenſere præter inſtitutum eſſet, *vid. l. cum pater*, 77. §. *evictis*, 8. *ff. de legat.* 2. *l.* 7. & ibi Bart. & DD. *C. comm. utriuſq. jud. d. l.* 14. *C. famil. erciſc. l. ſi fundum*, 27. *C. de evict.*

Sed quid in hereditate vendita? Multum intereſt, utrum certæ quædam res hereditariæ veneant, an ipſa hereditas. Priore caſu venditor teneretur ex empto ut eas res ſuo ſumptu & periculo perſequatur, & vacuam earum poſſeſſionem emptori tradat, *arg. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. ff. de act. empt. arg. l.* 3. junct. *auth. nunc ſi*, *C. de litigioſ.* item tenetur venditor, ut in ſingulis rebus hereditariis venditis præſtet evictionem; quia quot ſunt res, tot ſunt evictiones aut evictionum cauſæ, *l.* 1. *Cod. de evict.* Poſteriore autem caſu, ſi hereditas veneat, non tenetur venditor ullam rem hereditariam emptori tradere, niſi quam habet in ſua poteſtate. Et rurſus non tenetur in ſingulis rebus hereditariis præſtare auctoritatem ſeu evictionem. Ratio differentiæ eſt, quia hereditas nomen juris eſt, & qui hereditatem vendit, non vendit res corporales, quæ in hereditate continentur, ſed jus ſucceſſionis, quod eſt incorporale; atque hoc jus eſſe, id eſt, eſſe hereditatem, & ſe heredem eſſe, dolumque malum præſtare tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, niſi ea, quæ ad ipſum pervenerunt, vel quæ dolo fecit, ne ad ſe pervenirent, ita cape textum in *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de her. vel act. vend.* Cæteras autem res hereditarias, quæ ad heredem non pervenerunt, nec dolo fecit quominus pervenirent, non tenetur emptori hereditatis tradere, ſed liberatur præſtando & cedendo emptori earum rerum perſecutiones, *l.* 2. §. 3. *ff. eod. tit.* Emptor autem eas ſuo ſumptu & periculo perſequitur, *l.* 1. *C. de evict.* Et rurſus ſi evincantur emptori quæ traditæ illi ſunt, venditor eo nomine de evictione non tenetur, neque ab initio de evictione cavere ſive repromittere cogitur, *d. l.* 1. *C. de evict.* ubi excipitur, niſi nominatim convenerit, ut evictio rerum ſingularum præſtetur. Donellus poſt alios in *d. l.* 1. Ratio eſt quia ſi res, quæ evicta eſt, non fuerit hereditaria, nec veniit, non enim plus aut minus juris habet emptor, quam venditor, *l.* 2. *pr. ff. de hered. vel act. vend.* Si autem fuit hereditaria, & per injuriam judicis evicta eſt, non tenetur venditor, quia injuria, quæ condemnato facta eſt, potius apud illum manere, quam ad alium transferri debet, *l. ſi per imprudentiam*, 51. *pr. ff. de evict. l.* 15. *C. eod. l. exceptione*, 67. *ff. de fidejuſſ.*

Quod de hereditate vendita dictum eſt, id etiam obtinet, ſi quodlibet aliud jus veneat, non corpus, veluti ſi veneat peculium ſervi, quod eſt nomen juris, non corporis: item ſi veneat nomen debitoris, quod etiam juris eſt, ut ſyngrapha ſeu cautio. Etenim venditor dumtaxat præſtare debet, ut ſit peculium, vel ut ſit nomen; item dolum malum, non etiam ut obtineatur aliquid vel feratur ex peculio aut nomine ſeu actione vendita, *l.* 5. *ff. de evict. l.* 4. *ff. de hered. vend.* Et eſt textus optimus in *l. ſi plus*, 74. §. *ult. de evict.* Unde nec beneficium *l.* 2. *C. de reſc. vend.* locum habere in hereditate vel actione vendita recte ſtatuunt juris interpretes. Una hic exceptio eſt, niſi nominatim convenerit, quid quantumve in hereditate vel actione vendita contineatur, atque ut id ſe præſtiturum, ut obtineri poſſit, emptori venditor promiſerit, *l.* 1. *C. de evict. l. niſi*, 15. *ff. de hæred. vend. l.* 5. *l. ſi plus*, 74. *pr. ff. de evict.* Quod ſi hereditatem vel actionem ſibi non competentem vendidit, nullum dubium eſt, quin hoc caſu evictionem præſtare debeat, per jura allegata.

Quid

Quid vero in donatione ? Donatio emptioni plane diſſimilis eſt , cum ſit ex cauſa lucrativa. Itaque ſi quis rem alienam donavit , eaque donatario evicta eſt , non tenetur donator de evictione , etiamſi id pacto comprehenſum ſit , ſed opus eſt ſtipulatione , *l. 2. C. de evict.* quoniam odioſum eſt , donatorem ex ſua liberalitate hanc moleſtiam pati , quanquam diſcrimen illud ſtipulationis & pacti moribus ſublatum eſt . Etſi autem donator de evictione citra ſtipulationem non tenetur : tamen ſi ſciens rem alienam donavit neſcienti , tenetur actione de dolo ad id quod intereſt , ſi donatarius ſumptus fecerit in rem donatam , *l. Ariſto* , 18. §. *ult. ff. de donat. l. ad res* , 62. *ff. de ædil. edict.* bene Donellus ad *l. 2. C. de evict.*

Eadem ratione , quia legatum ſpecies quædam donationis eſt , heres rei certæ legatæ , puta Stichi , evictionem non præſtat , *l. cum pater* , 77. §. *evictis* , 8. *ff. de leg. 2. l. ſi a ſubſtituto* , 45. §. 1. & 2. *ff. de leg.* 1. niſi teſtator ſciens rem alienam eſſe , eam legaverit ab herede : quia ex conjectura voluntatis præſumitur teſtator heredem onerare voluiſſe periculo evictionis per *l. Sticho* , 36. *in fin. ff. de uſufr. leg.* Quod ſi generaliter res legata ſit , puta ſervus , hic placet etiam heredem evictionem præſtare , *l. heres* , 58. *de evict. l. ſi domus* , 71. §. 1. *ff. de legat.* 1. Quod autem ſupra dixi , donatorem non præſtare evictionem , quoties ſtipulatio de evictione non interceſſit , id ſimpliciter procedit & verum eſt , ſive a traditione , ſive a promiſſione donatio incœperit . Nam ſi donator ultro ſine pacto rem donans & tradens , ea evicta non tenetur ; Ergo nec tunc tenebitur , cum ex pacto tradidit . Dedit quidem Juſtinianus ex hoc pacto actionem , ut res traderetur , non autem ut ea evicta præſtaretur evictio , *l.* 35. *C. de donat.* Donell. *ad l. 2. C. de evict.* diſſ. Caballin. *de evict.* §. 3. *n.* 3.

CAPUT IX.

An & quomodo fœnus differat ab uſura ?

VETERES uſuram pro uſu dixiſſe certum eſt , qua in ſignificatione paſſim ea voce utitur Cicero , ne quis putet nimis Caſcam. *lib. 1. Tuſculan. Natura* , inquit , *dedit uſuram vitæ , tanquam pecuniæ nulla præſtituta die.* Idem pro *Rabir. & Verrin. 7. uſuram lucis* , *lib. 3. epiſt.* ad Appium Pulchrum , *uſuram temporis* dixit , pro uſu . Plauto uxor uſuraria , cujus uſuram , ideſt , uſum corporis ad tempus aliquis cepit . Idem in *Trinummo : Nec adeo haſce emi mihi , nec uſuræ meæ* , ideſt , ad uſum meum . Et hac ſignificatione creditor ipſe uſuram dat , nullumque mutuum eſt ſine uſura , ideſt , ſine uſu . Uſura vero , quam debitor pro uſu pecuniæ ſolvit , longe aliam notionem habet . Vectura vocatur merces , quæ pro vectione datur , ναῦλον , latura , quod pro onere ferendo accipiebat bajulus , φόρετρον . Mercatura lucrum de merce , ut notat Nonius . Similiter , & uſura eſt merces , quæ pro uſu pecuniæ datur . Et obſervare licet veteres auctores , uſuram de uſu in numero ſingulari potius uſurpaſſe ; uſuras vero dicere maluiſſe numero plurativo , quæ ob uſum fœnebris pecuniæ debentur , qui τόκοι Græcis . Cicero *Verrin. 4. Quis enim hoc fecit unquam , ut cum Senatus publicanos uſura ſæpe juviſſet , magiſtratus a publicanis pecuniam pro uſuris audeat auferre ?* Qui pecuniæ uſura aliquem juvat , is eſt , qui pecuniam illi dat utendam . Uſuras pro pecunia aufert , qui exigit mercedem pro uſu pecuniæ . Uſura igitur proprie loquentibus eſt χρῆσις , uſuræ τόκοι . Hinc uſuræ trientes , quincunces , ſemiſſes , &c. Centeſimas ſingulas dixit Cicero in epiſtolis ad Atticum , & binas centeſimas 5. Verrin. Ita bene & erudite D. Salmaſius *lib. de uſur. c.* 4. Cæterum uſuræ aut uſurarum appellatione non tantum ſignificatur ea quantitas , quæ pro uſu fœnebris pecuniæ ſolvitur , verum etiam ea , quæ ex alia cauſa , quam mutui , ex conventione aut mora debentur . Itaque ſic recte definietur uſura , pecunia , quæ pro uſu ſortis , aut alias ultra ſortem præſtanda eſt . Sors hic ſignificat quantitatem principaliter debitam , uſuræ ſunt acceſſio ſortis , & ideo ſublata obligatione ſortis & ipſæ deberi deſinunt , *l. tutor* , 41. §. 1. *ff. de uſur. l. acceptam* , 19. *C. eod. l. 4. de compenſ.*

Fœnus a fœtu dictum putant Varro , Gellius , Nonius , quaſi fœtura quædam pecuniæ , ut Græci τόκον ἀπὸ τοῦ τίκτειν dicunt . Doctiſſimus Salmaſius loco ſupra citato dictum putat a Græco φοῖνος , quod idem valet , quod ποινὴ , quod probabilius eſt . Nam ποινὴ non tantum pœnam , ſed etiam mercedem , pretium ſignificat , ſicut τιμὴ , & pretium pro pœna ponitur . Terentius in Andria , *ego pretium ob ſtultitiam fero* , id eſt , pœnam . Perfidiæ pretium , id eſt , ultio apud Ovidium . Nec verum eſt , quod fœnus ſit fœtus pecuniæ , aut idem , quod Græcis τόκος , ut mox clare demonſtrabitur . Crediderunt interpretes , atque inter eos etiam oculatiſſimi quique , uſuram eſſe nomen generis , fœnus ſpeciei , & omne quidem fœnus eſſe uſuram , at non contra omnem uſuram eſſe fœnus . Fœnus ajunt ſignificare eam uſuram , quæ accipitur pro mutuo : unde paſſim fœneratores appellantur , qui pecuniam dant mutuam ſub uſuris . Quamvis enim in ſpecie fœnus hoc appelletur , tamen uſuram quoque appellari , quaſi hic fœnoris & uſuræ appellatio confundantur , *arg. l. 7. pr. & l. 7. ff. de naut. fœn.* ubi Paulus uſuras maritimas appellat fœnus nauticum , arg. rubricæ , quæ eſt de fœnore nautico . Eas autem uſuras , quæ ex mora aut re ipſa debentur , nunquam appellari fœnus , nec qui eas accipiunt aut

petunt, fœneratores dici. Sed inſignis hic interpretum error eſt, quem detexit Salmaſius *d. loc.* Etenim fœnus non ſimpliciter ſignificat uſuram pecuniæ creditæ, ſed pecuniam creditam ſub uſuris, æs alienum ſub uſura contractum δάνειον ἔντοκον. Uſura eſt merces fœneris. Tacitus *de morib. German. Fœnus agitare & in uſuras extendere ignotum, ideoque magis averſantur, quam ſi vetitum eſſet.* Idem *lib. 6. Annal. ut debitores duas partes fœneris ſolverent dixit*, pro quo Suetonius in eadem re narranda, *æris alieni duas partes.* Titulus ff. qui tractat de trajectitia pecunia, inſcriptus eſt *de nautico fœnore*, non *de nautica uſura*, & apud Græcos περὶ ναυτικοῦ δανείου non περὶ ναυτικοῦ τόκου. Quare? quia in communi mutuo uſuræ ſucceſſive currunt, & pro rata temporis ſolvuntur ſeorſim ab ipſa ſorte, cum in trajectitia pecunia de ſorte ſimul ſolvenda cum uſuris in exitu navigationis fiat conventio. Nimirum totum fœnus ſimul ſolvebatur & ſemel, hoc eſt; ſors ipſa cum uſuris. Utique in *l. 3. Cod. de naut. fœnor.* nauticum fœnus, quod datum dicitur, non poteſt accipi pro uſura nautica. Id enim dedit creditor, qui uſuram dediſſe dici non poteſt: & quod initio appellatur fœnus nauticum, poſtea dicitur pecunia fœnebris. Igitur nauticum fœnus eſt pecunia fœnerata ſub uſuris nauticis. Frivola autem illa collectio eſt, ſub titulo de fœnore nautico fit mentio uſurarum maritimarum, ergo uſuræ maritimæ ſunt idem quod fœnus nauticum. Quare enim ſub eo titulo non poſſit fieri mentio earum uſurarum, quas fœnus nauticum parit? Res eſt clara, ſi fœnerari eſt δανείζειν fœnus eſt τὸ δάνειον & quidem ἔντοκον nam gratuitum eſt ἄτοκον. Unde apparet verum eſſe, quod modo dicebamus, fœtus non eſſe fœturam pecuniæ, ſed uſuras eſſe fœtus & partus fœneris, τοὺς τόκους δανείου. Ac neque in hiſce locutionibus, *fœnere dare, fœnere pecuniam occupare*, fœtus pro uſura accipitur, ſed pro mutuo fœnebri. Neque dicunt Latini pecuniam uſuræ dare aut uſuris eam occupare: non enim eſt occupata uſuris, ſed credito, ut uſuras pariat, recte autem dicimus, credere pecuniam ſub uſuris, δανείζειν ἐπὶ τόκῳ. Sic ſumere pecuniam fœnere dicimus, δανείζεσθαι παρά τινος, non ſumere uſura. Sic locare pecuniam fœnere dicitur, qui credendo locat, ut mercedem, id eſt, uſuram recipiat. Uſura locare pecuniam nemo dixerit. In fœnere pecuniam habet, aut nummos in fœnere poſitos, qui eos habet in rebus creditis: neque enim in uſuris tantum habere pecuniam exiſtimandus eſt, ſed etiam in ſorte ipſa. Valerius Maximus *lib. memorab.* 8. de Conſidio quodam: *Cum centies atque quinquagies ſeſtertii ſummam in fœnere haberet, neque de ſorte quemquam debitorum ſuorum, neque de uſura a ſuis appellari paſſus eſt.* Ergo fœnus & ſortem & uſuras comprehendit. Veteres dicunt, uſuræ trientes, fœnus trientarium. Uſuræ trientes ſunt, quæ trientem centeſimarum dant: Fœnus trientarium, quod uſuras trientes reddit. Sic fœnus unciarium, quod uſuras uncias exigit. Tacitus *lib. 5. annal. Duodecim tabulis ſancitum, ne quis unciario fœnore amplius exerceat.* Denique fœnus exercere dicimus; uſuras exercere, dicere non licet. Exercemus terram, quæ colitur, ut fructum reddat; non exercemus fructus. Plura ſi quis deſideret, adeat Salmaſium *lib. de uſur. c. 2.* plane non negamus interdum fœnus pro uſura poni; ſed cum id fit, tropica eſt locutio; quia nunquam fœnus eſt ſine uſura.

CAPUT X.

An & quatenus mora debitoris noceat fidejuſſori?

OMNES debitores, qui certam rem debent, liberari ejus rei interitu ſine culpa eorum & ante moram ab iis commiſſam contingente ſæpe reſponſum eſt, *l. 5. ff. de reb. cred. l. ſi ex legati, 23. ff. de verb. obl. l. pen. ff. de ſolut.* Ex contrario veterum regula eſt, moram perpetuare obligationem, licet caſu fortuito res extincta ſit: quod hanc habet ſententiam; ſi res debita poſtea perierit, quam per debitorem ſtetiſſet, quo minus eam daret, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret, *d. l. nemo, 23. l. 82. §. 1. l. ſi ſervum, 91. §. 3. & ſeqq. ff. de verb. obl.* ubi circa finem quatuor effectus hujus perpetuationis recenſentur, 1. quod adhuc res ipſa peti poſſit. 2. quod accepta ferri. 3. quod adhuc fidejuſſor ejus obligationis poſſit accipi. 4. quod poſſit novari, ideſt, in aliam obligationem transferri. Fidejuſſoribus quoque perpetuari obligationem in *d. l. 91. §. 4. in fin.* reſponſum eſt, & alibi ab eodem Jureconſulto, cum reus moram facit, & fidejuſſorem teneri, *l. ſi quis ſolutioni, 24. §. 1. ff. de uſur.* Sed quid verbis illis intelligit Juriſconſultus? an quemadmodum ex mora ipſius rei obligatio ſic augetur, ut uſuras quoque in bonæ fidei judiciis ex eo tempore debere incipiat, ita quoque augeatur obligatio fidejuſſoris propter moram rei, ut & ille quoque ad uſuras jam teneatur? Nequaquam. Sed hæc Juriſconſulti ſententia eſt, ſicut mora principalis debitoris efficit, ut licet res caſu debita perierit, dummodo poſt moram, obligatio in perſona debitoris perpetuetur, ut nihilominus rei debitæ & peremptæ æſtimationem debeat, ita cum eodem effectu obligationem perpetuari & durare in perſona fidejuſſoris, *l. ſi a colono, 58. §. 1. ff. de fidejuſſ.* & hactenus quoque moram rei nocere fidejuſſori, *l. mora rei, 88. ff. de verb. obl.* quod & in cæteris acceſſionibus obtinet,

obtinet, veluti in mandatore, & patre, qui de peculio obligatus eſt ex contractu filii, *l. cum filiusf. 49. pr. d. l. ſi ſervum*, 91. §. 4. & 5. *ff. de verb. obl.* Quod ſi quis hujus juris rationem quærat, cur ſcilicet poſt moram debitoris re perempta obligatio perpetuetur etiam in perſona fidejuſſoris, inveniet illam apud Paulum in *d. l.* 91. §. 4. hanc nempe, quia in totam cauſam ſpopondit, ideſt, in ea omnia, quæ principaliter in obligationem deducta ſunt. Atque hoc quidem, quod diximus, reo moram faciente obligationem perpetuari etiam fidejuſſoribus, omni dubio caret. De eo autem inter omnes non convenit; an ſicut reus principalis ob moram in bonæ fidei judiciis uſurarum quoque nomine tenetur, *l. mora*, 32. §. 2. *ff. de uſur.* ita & de his ob moram debitoris teneatur fidejuſſor? Sed hoc omnino negandum eſt, propter rationes ſubjectas. 1. Quia ob moram aut culpam rei non oportet augeri obligationem fidejuſſoris, ut diſerte reſponſum eſt in *l. centum Capuæ*, 8. *ff. de eo quod cert. loc. l. ult. ff. de fidejuſſ.* Atque ſi fidejuſſor ex mora rei uſuras præſtare teneretur utique fidejuſſoris obligatio propter moram rei augeretur contra d. textum. 2. Si mora rei obligaret fidejuſſorem ad uſuras, teneretur fidejuſſor etiam ad uſuras præſtandas, quamvis ad eas ſe non obligaviſſet. Atqui non tenetur fidejuſſor ad uſuras, niſi ad eas quoque ſe obligaverit, *l. ſi mandator*, 8. *C. quod cum eo qui in al. poteſt.* ibi. *Si te tibi omnibus obligaſti.* Igitur ex contrario, ſi te his omnibus non obligaſti, non teneris. 3. arg. *l. fidejuſſores*, 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* ubi negat JCtus fidejuſſores, qui in ſortem ſe obligaverant, in uſuras teneri. 4. Ut alieno nomine conveniri non poteſt, qui omnino pro alio ſe non obligavit, *l. nec intentio*, 23. *C. de tranſact. l. pen. C. ne ux. pro mar. l. 1. C. ne fil. pro patr.* ita nec is, qui pro alio ſe obligavit, ultra quam in quantum ſe obligavit, conveniri poteſt: quia hactenus verum eſt, eum obligatum non eſſe: ſiquidem partis eadem ratio eſt, quæ totius, *l. quæ de tota*, 76. *ff. de rei vind.* Ex his efficitur, fidejuſſorem in uſuras non teneri ex mora rei, niſi in eas quoque ſe obligaverit. Hinc quæritur, quando fidejuſſor cenſeatur etiam ad uſuras ſe obligaſſe? Et quidem ſi ad certam ſummam duntaxat ſe obligavit, in uſuras ſe obligaſſe non videtur, *l. fidejuſſores*, 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* Quid igitur? Tunc in uſuras quoque tenetur fidejuſſor, cum vel expreſſe in has quoque ſe obligavit, vel ſe obligavit in omnem cauſam, *l. quæro* 54. *pr. ff. locat. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert.* In omnem autem cauſam ſe obligaſſe intelligitur, qui hoc modo fidejuſſit, *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe jubes?* vel ita, *indemnem me præſtabis? d. l. quæro.* Quanquam non ſemper ad hoc, ut fidejuſſor in totam cauſam obligatus intelligatur neceſſe eſt, ut hujuſcemodi verba diſerte exprimantur, de quo plura paulo poſt. Quod ſi ſtipuletur creditor, quicquid debitorem dare facere oportet, non in omnem cauſam, ſed in præſentem duntaxat obligationem ſpopondiſſe fidejuſſor intelligitur. At ſi addat creditor, *oportebitve*, in omnem cauſam fidejuſſio facta cenſetur, *l. ſi ſtipulatus*, 76. §. 1. *l. ſi a colono*, 89. *ff. de verb. obl.* Igitur cum moræ duplex ſit effectus, unus ut bonæ fidei contractibus uſuræ & fructus præſtentur: alter ut in omnibus tam ſtricti juris, quam bonæ fidei judiciis, ſpecies debita poſt moram perempta adhuc debeatur; prior moræ effectus fidejuſſoria, niſi in omnem cauſam fidejuſſerit, non nocet, poſterior nocet. Excutiamus jam locos aliquot qui huic ſententiæ obſtare videntur. Ex his unus ille Pauli in *l. ſi ſervum*, 91. §. *nunc videamus*, 4. *in fin. ff. de verb. obl.* ubi JCtus agens de fidejuſſore in rem certam accepto, ait eum in totam cauſam ſpopondiſſe. Reſpondeo, vocabulum cauſæ non uno modo ſemper accipitur: ſed aliquando refertur ad rem ipſam, quæ in obligationem deducta eſt, & condemnationem, quæ circa ipſam verſatur, ut in *d. l. ſi ſervum*, §. 4. Aliquando ſignificat omnem utilitatem rei & negotii, de quo agitur, ut in *d. l. quæro*, *ff. locat. l. præterea*, 20. *ff. de rei vind. l. videndum*, 38. §. *ſi actionem*, 7. *ff. de uſur.* Itaque pro re ſubjecta illud explicandum erit. Atqui in *d. l. ſi ſervum*, §. 4. non quæritur de uſuris aut acceſſionibus rei in obligationem deductæ; ſed de re ipſa & condemnatione, re poſt moram perempta, facienda, nempe an interitu rei, qui poſt moram accidit debitoris, liberetur fidejuſſor, nec ne, ut apparet ex ipſo textu & §. præcedente. Adde quod de uſuris quæri non poteſt, niſi pecunia debeatur, nec de rei interitu, niſi certa debeatur ſpecies; cum nec quantitas debita perire poſſit, *l. incendium*, 11. *C. ſi cert. pet.* nec uſurarum quæſtio moveri, ubi non debetur quantitas.

Eadem fere reſponſio eſt ad *l. ſi quis*, 56. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ibi, *in omnem enim cauſam acceptus videtur.* Ecce enim non dicit JCtus, fidejuſſorem in omnem cauſam obligatum eſſe ſimpliciter, ſed addit, quæ ex numeratione naſci poteſt. Unde apparet hoc referendum eſſe ad principalem obligationem, non ad acceſſiones ejus, ut hic ſit ſenſus, fidejuſſorem ſe obligaſſe videri in caſum tam conſumptorum nummorum, quam extantium, id eſt, & acceptionis, ſi pecunia fuerit dantis, & conſumptionis, ſi aliena. Magis adverſari videtur, *l. amiſſi*, 52. §. 2. *ff. de fidejuſſ.* ubi Papinianus ait, fidejuſſores a colonis duos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri, id eſt, ob æſtimationem inſtrumentorum, quæ prædiis ſic attribuuntur, ut dos nuptiis, *l. 2. §. ult. l. Sejæ*, 20. §. 1. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* Reſpondeo, Papinianum non loqui de fidejuſ-

ſore, qui in certam ſummam pro mercede locationis a colono præſtandam intervenit, ſed de eo, qui a colono datus eſt in cauſam conductionis, vel in conductionem ſimpliciter: qui perinde tenetur, acſi promiſiſſet locatorem indemnem fore. Neque enim, ut ante dixi, ad hoc ut fidejuſſor in omnem cauſam interceſſiſſe videatur, & conſequenter in uſuras quoque & alias acceſſiones ſe obligaſſe, neceſſe eſt in bonæ fidei contractibus nominatim hæc verba aut ſimilia exprimere: *Indemnem me præſtabis?* aut *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, &c. ſed ſufficit ſimpliciter, verbi gratia, in cauſam conducti aut empti fidem ſuam adſtrinxiſſe citra mentionem certæ quantitatis. *arg. l. 2. §. pen. ff. de adm. rer. ad civ. pert. l. 5. Cod. de pact. int. empt. & vend.* nec mutat, *in cauſam* dicat, indefinite, an *in cauſam omnem* ſive *univerſam*: cum propoſitio indefinita ſecundum regulas logicorum æquipolleat univerſali. Non obſtat igitur, quod apud Africanum & Ulpianum legimus, ſi tutor moram fecit, etiam fidejuſſores ejus nomine uſurarum medii temporis teneri, *l. ſi poſtea*, 10. *ff. rem pup. ſalv. for. l. 3. ff. de fidejuſſ. tut.* Nam ſtipulatio rem pupilli ſalvam fore in omnem cauſam tutelæ interponi intelligitur, & id omne continere, quod in tutelæ judicium venit, *l. cum pupillus*, 9. *l. cum rem*, 11. *ff. rem pup. ſalv. for.* Non nihil autem negotii facit ſpecies *l. pen. ff. ut leg. nom. cav.* ubi cum legatarii ab uno e duobus heredibus, cum ab utroque legatum eſſet, ſatis legatorum nomine accepiſſent, & poſtea deficiente coherede portio ejus accreviſſet promiſſori, ait JCtus in totum fidejuſſores teneri, ſicut & is ſolidum debere cœpit, & ſic aucta ex pacto obligatione promiſſoris principalis augetur & acceſſoria fidejuſſorum. Reſpondeo, quod jure accreſcendi accedit & debetur, non venit ex mora, neque ex cauſa aliqua poſtea emergente, ſed vi principalis obligationis: quia ea eſt conditio coheredum, ut qui ex iis hereditatem adiit, cogatur etiam invitus cum onere recipere portionem deficientis, ne quis pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedat, *l. un. §. his ita, C. de caduc. toll.* qua de cauſa & fidejuſſores eo caſu obligantur, virtute nimirum principalis obligationis, non propter moram aut aliam novam cauſam. Unus adhuc ſcrupulus evellendus eſt, quem nobis injicit Ulpianus in *l. 1. §. belliſſime*, 13. *ff. ut leg. nom. cav.* ait belliſſime quæri, an ſtipulatio ſeu ſatiſdatio legatorum nomine incrementum ex fructibus vel uſuris ſentiat: & reſpondet recte placuiſſe ex mora incrementum habituram, ut id, quod oportebit, comprehendat. Sed animadvertendum eſt, hanc ſtipulationem eſſe prætoriam, ac proinde de mente prætoris legem accipere ſecundum *l. in conventional.* 52. *pr. ff. de verb. oblig.* & hoc ſignificat Ulpianus his verbis, *ut id quod oportebit, comprehendat*, nempe etiamſi verbum futuri temporis *oportebit* expreſſum non ſit, ſed præſentis duntaxat *oportet*, licet ſecus ſit in ſtipulatione conventionali, in qua futurum *oportebit* non ſubintelligitur, ſed exprimi debet, ut omnis cauſa comprehendatur *l. ſi ſtipulatus*, 76. §. 1. *l. ſi a colono*, 89. *ff. de verb. oblig.* D. Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 23. theſ. 5. lit. D. & E.* reſpondet ſtipulationem legatorum cautionalem eſſe & induere naturam obligationis ex teſtamento, quæ ratione fructuum & uſurarum bonæ fidei contractus naturam imitetur, *l. uſuræ*, 34. *ff. de uſur.* Sed melior eſt prior reſponſio; quia poſteriori perſpicue obſtat *d. l. ſi a colono*. Eſt autem noſtra de tota hac quæſtione ſententia communi DD. conſenſu probata in *l. centum Capuæ*, 8. *ff. de eo quod cert. loc. & l. fidejuſſores*, 68. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* quanquam ſingula non tam plane & dilucide ab aliis explicantur. Aliter ad pleraque reſpondet Bronchorſtius *cent. 4. aſſert. 54.* rectene an ſecus, lectorum judicio permitto. Ego aliorum nævos lubenter prætereo, & extra quam ſi res, de qua agitur, id flagitet, moris mei non eſt aliena carpere.

CAPUT XI.

An ſolæ quæſtiones facti ſint objectum probationis?

IN probatione conſiſtit potiſſimum momentum ad obtinendum jus noſtrum, quippe quaſi quis deſtituatur, audiet illud Pauli in *l. duo ſunt Titii*, 30. *ff. de teſt. tut.* non jus, ſed probatio deficit. Inanis enim eſt actio niſi indubitatæ probationis fide apud judicem competentem liqueat, verum eſſe, quod in judicium deducitur. Omnis autem probatio noſtra aut tabulis conſtat, aut teſtibus, *c. foris, ext. de verb. ſign.* ſed ea aut directa eſt, cum ſcilicet id, quod probare volumus, ipſis teſtimoniis aut inſtrumentis continetur; aut obliqua cum id quod intendimus, ex tabulis aut teſtimoniis argumentando colligimus: quarum illa ἄτεχνος, hæc ἔντεχνος dici poteſt. Atque ex hoc vel ſolo intelligi poteſt, quid ad quæſtionem propoſitam reſpondendum ſit, nimirum non juris, ſed facti quæſtiones eſſe objectum ſive materiam, circa quam verſetur probatio; ſiquidem jus probari inſtrumentis aut teſtibus non poteſt, ſed ſola facta. Immo juris allegatio non indiget probatione, quia jus omne certum eſt, *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* certa autem & notoria non probari debent, ſed allegari ſufficit. *Cod. evidenter, ext. de accuſ.* Mynſing. 6. *obſ.* 3. Plane non negamus dubiam interdum eſſe legum ſententiam, eamque conjecturis & argumentis eliciendam, ſed hoc ipſis incumbit judicibus: quippe quorum officium eſt, ut ubi de facto conſtat, ipſi

etiam

etiam non admoniti de jure diſpiciant, *pr. Inſt. de offic. jud.* Sed & pedanei judices de facto tantum, non de jure cognoſcebant. Quod ſi de jure incidiſſet dubitatio, prætorem aut præſides, a quibus dati erant, conſulere, non litigantium allegata ſequi debebant, *l. eum quem*, 79. §. 1. *ff. de judic.* Totum quidem illud in judicis poteſtate eſt, ut ſtatuat, utrum ſatis ſibi probatum ſit id, de quo quæritur, an non, *l.* 3. §. 2. *de teſt.* at hoc non ad juris, ſed ad facti quæſtionem dumtaxat pertinet: ſolæ enim facti quæſtiones in poteſtate ſunt judicis, non juris, *l.* 1. §. 4. *in fin. ad SC. Turpill. l. ordine*, 15. *in fin. pr. ff. ad municip.* Immo uſque adeo non tenentur litigatores judici probare, quid juris ſit, ut contra judex, ſi quid a litigatoribus eorumve advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre debeat, quod ſciat legibus & juri publico convenire, *l. un. C. ut quæ deſ. adv. jud. ſuppl.* qui textus omnino ad ea pertinet, quæ juris ſunt, non ad ea, quæ ſunt facti, ut & in ipſo textu aperte dicitur. Hinc illud, quod in Curiis Galliæ celebratum refert Mynſingerus, *venite ad factum, Curia novit jus.* Non obſtat locus Pauli in *l.* 5. *pr. ff. de probat.* ubi ait ab ea parte, quæ dicit adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe ſpecialiter lege vel conſtitutione, id probari oportere. Nam illic non de jure ipſo, ſed de jure partis agitur: nempe ubi quis negat alicui id licere quod jure communi omnibus conceſſum eſt: veluti ſi quis dicat aliquem jure prohibitum eſſe advocatione, probare debet eum prætuliſſe illicita compendia ſuæ exiſtimationi, non autem qui talia faciunt, advocatione prohiberi, quod juris eſt, *l.* 5. *C. de poſtul.* Similiter, accuſatur quis a Titio facinoris alicujus, ajo eum prohibitum eſſe accuſare, propter cauſam aliquam, de quibus in *l.* 8. *ff. de accuſat.* Si Titius id neget, meum erit probare, non jus, quod certum eſt & notum ſed factum ipſum. Puta turpem quæſtum, infamiam, &c. adverſarii. Omnes poſſunt mutuum accipere, qui jure non prohibentur. Prohibetur autem filiusfam. Senatuſconſulto Macedoniano. Itaque ſi quis a creditore conventus dicat ſe non potuiſſe mutuum accipere propter Senatuſconſultum Macedonianum, is non debet probare Senatuſconſulto cautum eſſe, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedit, actio petitiove detur, ſed ſe eſſe filiumfam. Ipſe autem judex ſtatuat, quid juris ei tanquam filiofam. ex Senatuſconſulto competat. In ſumma cum de jure partis controverſia eſt, in quæſtionem facti res incidit. Fatemur equidem jus aliquando inter advocatos eſſe controverſum, dum ille hoc, alter iſtud ait eſſe juris certi: ſed quid ſit certi & explorati juris, judex non ex probatione advocatorum, ſed ex tabulis publicis & corpore juris diſcere debet, *pr. Inſt. de offic. jud. l. un. C. ut quæ deſ. adv. part.* in quam rem & Ariſtoteles 1. *Rh.* 1. *τὸ δίκαιον, inquit, τὸ ἄδικον, αὐτὸν δεῖν δικαστὴν δεῖ γινώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων.* Quod ſi quæratur de communi DD. opinione, quam plerumque judices in judicando ſequuntur, hic etiam facti quæſtionis ſpeciem res induit, haud ſecus quam conſuetudo facti eſſe dicitur, & probanda eſt, ubi de ea dubitatur. Rhetores etiam in ſtatu juridiciali probatione utuntur: ſed palam eſt eos verbo probationis intelligere omnem allegationem, qua utimur ad confirmandum id, quod dicitur, ſive id in jure conſiſtat, ſive in facto. At nos probationem accipimus, quaſi ad ſtatum conjecturalem dumtaxat pertineat, cum quæritur de facto, non de jure. Et hoc dicimus cum quæritur, quid probari debeat, an omne id, de quo diſputatur, ſive facti ſit quæſtio, ſive juris, is cui incumbit probatio, judici probare teneatur, & niſi probet, ſententia contra eum ſit ferenda, facti tantum probationem ei incumbere, non etiam juris: probatoque facto ipſum judicem diſpicere debere, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus proditum eſt, *pr. Inſt. de offic. jud.* Quod ſi probationem accipiamus, ut Rhetores faciunt, pro quavis confirmatione ejus, quod dicitur, etiam ubi de jure diſputatur, probatione utimur, idest, allegatione juris. Quis enim ignorat etiam in ſtatu juridiciali multa afferri ſolere, ut probetur aliquid jure factum eſſe, aut ſecus? Cæterum ad victoriam cauſæ id neceſſarium non eſt: cum ipſe judex, ubi de facto conſtat, etiam non admonitus de jure diſpicere debeat, ut jam aliquoties dictum eſt. Enimvero hæc ita obtinent & vera ſunt, cum de jure ſcripto quæritur. Aliud autem dicendum eſt, cum agitur de jure non ſcripto ſive conſuetudine. Nam qui conſuetudinem allegat, eam probare ſolet, aut rebus judicatis ſecundum *l. cum de conſuetudine*, 34. *ff. de legib.* aut per turbam ſive teſtes conglobatos, ut hodie fit in Curiis, de quo pulchre Ant. Fab. *Cod. ſuo forenſ. de teſt. defin.* 3. & 14. Nempe cum conſuetudo ſenſim tacito utentium conſenſu introducatur, neceſſe eſt conſenſus is ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet. Plane ſi certa ſit conſuetudo & notoria, juxta eam judicandum eſt, quamvis ne allegetur quidem. Gail. *obſ.* 31. Mynſing. 6. *obſ.* 41. & *ſeq.* Diod. Tulden. *in Cod. quæ ſit long. conſuet.* Vveſemb. *par. ff. de probat. n.* 7.

CAPUT XII.

An factum negantis, quatenus negat, ulla ſit per rerum naturam probatio.

QUOD paſſim legimus actorem, quod intendit, probare oportere, eo non probante, reum etſi nihil ipſe præſtet, abſolvi,

l. quo-

l. quoties, 18. *l. verius*, 21. *l. ante omnia*, *ff. de probat.* *l.* 8. *l. actor.* 23. *C. eod.* *l.* 4. *C. de edend.* *l.* 9. *C. de oblig. & act.* id quidem verum eſt, quando reus id quod actor aſſeverat, ſimpliciter inficiatur, & ita capiendi ſunt iſti textus. Cæterum cum reus ad defenſionem ſuam depulſione aut exceptione utitur, ejus quod dicit, probatio ipſi reo incumbit, actor contrarii probatione non oneratur, veluti ſi reus dicat ſe ſolviſſe, ſibi accepto latum eſſe, dolo malo ſe inductum, pactum eſſe, ne actor deteret, &c. *l.* 1. *C. de probat.* *l. quotiens*, 18. §. 1. & *l. ſeq. pr. ff. eod.* *l.* 1. *ff. de except.* In ſumma is probare debet, qui dicit & aliquid affirmat, ſive actor ſit, ſive reus, *l.* 2. *ff. de probat.* Et ratio eſt, quia factum negantis quatenus negat, per rerum naturam nulla eſt probatio, *l. actor.* 23. *C. eod. tit. in l. aſſeveratio*, 10. *C. de non num. pecun.* Non igitur ordo judiciorum hoc efficit, ut probari negatio facti nequeat, ut quidam male putant: ſed quo minus probari poſſit rerum obſtat natura, id eſt, vis ac poteſtas rebus a naturæ auctore, id eſt, a Deo indita, quæ eſt immutabilis. Finge viginti vel centum teſtes dicere ſe non vidiſſe mihi numerari pecuniam: non tamen hoc probatum eſt: poteſt enim nihilominus verum eſſe me pecuniam accepiſſe. Hinc vulgo Doctores ajunt, pluris eſſe unum teſtem affirmantem, quam viginti negantes. Atque idem dicendum eſt de inſtrumentis, quæ nihil exhibent niſi puram negationem ſuper eo negotio, de quo lis eſt. Cæterum hæc ita ſe habent in mera & ſimplici facti non limitati negatione. Quod ſi factum, quod negatur, ſit loco & tempore circumſcriptum, aliud eſt, & talis negatio probari poterit: veluti ſi negem Lugduni mihi numeratum eſſe Calendis Januariis, hæc negatio certo tempore & loco circumſcripta eſt: & implebitur ejus probatio, ſi probem me eo die Lutetiæ fuiſſe, *l. optimam*, 14. *C. de contr. & committ. ſtipulat.* §. *item verborum*, 11. *Inſt. de inut. ſtipul.* & utrobique Gloſſ. & DD. nec diſſimilis eſt ſpecies *l.* 2. *C. de err. adv.* ubi negatio reſtricta eſt ad certam ſcripturam, unde error libellionis probari poteſt. Et tamen ne hic quidem, ſi rem bene expendamus, negationem probo, quatenus nego, ſed quia prius aliquid pono & affirmo, ex quo id quod nego per conſequentiam neceſſariam efficitur. Itaque illud adhuc manet, & perpetuo verum eſt, factum negantis, quatenus ſolum negat, naturali ratione nullam eſſe probationem. Quod ſi prius aliquid affirmet & probet, unde id quod negat, per conſequentiam recte colligatur, jam non probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat. Atque hoc non tantum uno illo & altero, quem diximus, caſu contigit, ſed & pluribus aliis. Finge heredem negare, quod legatarius affirmat, bona defuncti ſufficere ad legata integra ſalva Falcidia exſolvenda, in hac quæſtione diſerte reſponſum eſt heredi probationem incumbere, *l. cum de lege*, 17. *ff. de probat.* At quomodo heres hic probabit, quod negat? Non poteſt directo: ſed poteſt per conſequentiam oſtenſa prius quantitate legatorum & patrimonii defuncti. Poteſt autem heres ex libris rationum facile docere, quantum defunctus in bonis habuit. Similiter, ſi negem aliquem heredem aut dominum eſſe, potero id probare, ſed ita demum, ſi oſtendam hereditatem aut rem ad me pertinere. Denique quotieſcunque negationis dari poteſt concludens ratio, tunc ea implicite, ut loquuntur, continet affirmationem; atque ut plenius loquar, vi & effectu affirmatio quædam eſt, non pura & puta facti negatio. Ut ecce, ſi filius neget ſe in poteſtate patris eſſe, vi ipſa affirmat, ſe eſſe ſui juris, & hoc probare poteſt, nempe ſi doceat ſe a proavo, aut avo paterno eſſe emancipatum, quæ probatio propterea etiam a filio exigitur, *l. ſi filius*, 8. *ff. de probat.* Huc item referenda negatio, quam interpretes appellant negativam juris, & qualitatis, exempli gratia, ſi negem Titium teſtamentum facere potuiſſe, quam negativam juris vocant, id probare debeo, & poſſum, ſi oſtendam eſſe filiumfamil. Si negem poſſe eſſe procuratorem, id probabo, ſi militem eſſe oſtendero. Si negem teſtatorem mentis compotem fuiſſe, quæ Doctoribus qualitatis negatio eſt, mihi negatio hæc probanda, & implebitur intentio ſi doceam furioſum fuiſſe *l.* 5. *Cod. de codicill.* Item ſi negem emancipationem rite factam eſſe, id probare debeo, *lib.* 5. §. 1. *ff. de probationibus.* Si ſimpliciter negarem factam eſſe, nulla mihi imponeretur probatio, ac ne poſſet quidem imponi, quia facti indefiniti negatio probari nequit. Sed cum nego, emancipationem recte factam eſſe, hæc eſt negativa qualitatis, eamque probare poſſum & debeo, quia pro actu legitimo & eorum magiſtratu celebrato præſumptio eſt omnia debito modo peracta eſſe, *arg. l.* 4. *Cod. de jur. & fall. ign.* *l.* 2. *C. ſi adv. rem jud.* Huc etiam pertinet ſpecies *l. non nudis*, 14. *C. de probat.* nam qui negat Titium eſſe filium ſuum, id probare poteſt oſtendendo eſſe alienum. Hæ autem negationes, non ſunt negationes juris conſtituti, quod probatione non indigere ſuperiore quæſtione oſtendimus; ſed negationes ejus juris, aut qualitatis, quod vel quam pars adverſa ſibi competere aſſerit: ac proinde negationes facti. Nam qui negat alicui aliquid jure licere, ideo hoc non licere dicit, quia jure prohibeatur, *l.* 5. *pr. ff. de probat.* quod eſt facti, & qui id negat, factum negat, & res in quæſtionem facti incidit, ut ſuperiore quoque capite demonſtratum eſt. Deinde nec re ipſa ſunt negationes, ſed affirmationes. Qui negat emancipationem rite factam eſſe vi ipſa ait emancipationem eſſe vitioſam, & jure prohibi-

Digitized by Google

hibitam. Qui negat te idoneum eſſe procuratorem, affirmat te jure prohiberi procuratorem eſſe. Qui negat teſtatorem ſanæ mentis fuiſſe, aſſeverat eum dementem fuiſſe aut furioſum. Et ideo qui hoc dicit, probare debet, non quia verbis negat, ſed quia re affirmat. Et in univerſum hoc tenendum eſt, negationem aut affirmationem non ex verbis rei, ſed ex intentione actoris æſtimandam eſſe; ut ſi neget reus, quod actor intendit, vere negare dicatur, etiamſi utatur verbis affirmativis, veluti ſi actor intendat ſe dominum eſſe, poſſeſſor contra ſe dominum eſſe dicat, cujuſmodi ſpecies proponitur §. 1. *Inſt. de action.* his verbis poſſeſſor affirmat ſe dominum eſſe, re negat actorem eſſe dominum, quia ejuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe non poſſunt. Quod ſi reus non ſimpliciter neget intentionem actoris, ſed adverſus ejus intentionem prius aliquid affetat ad ſui defenſionem; quamvis utatur verbis negativis, affirmare intelligitur, ut in ſupra ſcriptis omnibus exemplis. Et hoc optime demonſtrari poteſt exemplo actionis confeſſoriæ & negatoriæ. Intendit aliquis ſe habere jus altius tollendi invito vicino, utitur actione negatoria, etſi oratio affirmativa eſt; quia re ipſa negat ſe ſervitutem vicino debere, ſive vicino jus eſſe prohibendi, quo minus ædes altius tollat. Ex contrario negat aliquis jus vicino eſſe ædes ſuas altius tollere, hic agit confeſſoria, ut maxime utatur verbis neg antibus, quia ſervitutem ſibi competere contendit, ſive jus ſibi eſſe prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa eſt, *l.* 4. §. *competit autem*, 7. *ff. ſi ſerv. vind.* DD. comm. *ad* §. 2. *Inſt. de action.* Donell. *in l.* 23. *C. de probat.* Duar. *c.* 12. *prior. comment. ad t. de probat.* Ex his tam paucis commodius & certius, opinor, tota res percipi poterit, quam ex fuſis & intricatis aliorum de probatione negativa diſputationibus.

C A P U T XIII.

An quo jure licitum ſit leviri aut gloris filiam neptemve uxorem ducere?

NON ſolum propter cognationem ſeu ſanguinis conjúnctionem a quarundam nuptiis abſtinendum eſt, ſed etiam affinitatis, quæ eſt cognationis quoddam ſimulacrum, ea vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis matrimonio jungi naturæ honeſtas non patiatur. Ex omni quidem jure prohibentur jungi affines, qui invicem parentum & liberorum loco ſunt, ut ſocer & nurus: vitricus & privigna, & porro cæteri in recta ſive perpendiculari affinium linea, §. 6. & 7. *Inſt. de nupt. l. adoptivus*, 14. §. *ult. ff. eod. l. nemini*, 17. *C. eod. Levit. c.* 18. *verſ.* 8. 15. & 17. Atque hanc prohibitionem perpetuam & moralem eſſe evincit locus Apoſtoli 1. *ad Corinth.* 5. ubi tale ſtuprum (τοιάυτlω πορνείαν) ne inter gentes quidem nominari, ait, ut quis uxorem patris habeat. Tranſverſa autem affinitatis linea non videtur apud veteres Romanos prohibitionem ullam habuiſſe. Idque variis exemplis doceri poteſt. Apud Marcum Tullium *lib.* 1. *de divinat.* & Valerium Maximum *lib.* 1. *c.* 5. legimus Metellum mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ in matrimonium duxiſſe: quod tamen neuter eorum, ut novum aut illicitum refert. Et quamvis D. Beza dubitet, an hoc locum habuerit inter affines tranſverſi limitis in univerſum, puta ſi frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut ſororis, vel contra filius fratris aut ſororis uxorem patrui, aut avunculi ducere voluiſſent: ego tamen crediderim apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuiſſe; utique ſi liberi ex eo matrimonio non ſupereſſent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi crediderunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, quemadmodum & adoptione ſoluta nuptiæ non impediebantur niſi ob ſolam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerant. Neque enim dubito, quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam, ſoluta per emancipationem adoptione, ducere potuerint, cum nuptias etiam cum ſorore adoptiva diſſoluta adoptione conſtitiſſe certum ſit, §. 2. *Inſt. de nupt.* Cæterum inſignis hic veterum Romanorum error eſt, & ingens profecto eſt diſcrimen inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum eſt; affinitas vero etiam cauſam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis ſolutis adhuc permanet, ut bene Pontifex in *c.* 1. *cauſ.* 35. *quæſt.* 1. Atque hoc etiam poſteriores honeſtate propius inſpecta agnoverunt. Itaque longius itum, prohibitumque matrimonium inter levirum & glorem, ſororium & fratriam, id eſt, ut neque frater uxorem defuncti fratris ducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poſſit, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, *l.* 5. *l. pen.* & *l. ult. Cod. de inceſt. nupt.* Quod & alii populi honeſtatis & verecundiæ paulo obſervantiores ſecuti ſunt, ut Alemani *legib. Aleman. tit.* 40. §. 1. Bojoarii *leg. Bojoar. tit.* 8. Franci *leg. Franc. lib.* 5. *tit.* 4. Convenienter ſcilicet Legi Divinæ *c.* 18. *Levit. verſ.* 16. quo loco

cum

cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio ex ratione quam affert Moſes, quia inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Et hanc quoque prohibitionem moralem eſſe arguunt loci novi fœderis c. 14. *Matth. verſ.* 4. *c.* 6. *Marc.* 18. *c.* 3. *Luc.* 19. Lex vero de fratria uno caſu ducenda ſcilicet cum frater ſine liberis deceſſiſſet c. 25. *Deuter. verſ.* 5. myſterium continet, nempe ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & in primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur. Auguſt. *quæſt.* 61. *in Levit.* Eſt igitur exceptio legis & diſpenſatio præcepti in *d. c.* 18. *Levit. verſ.* 16. In linea tranſverſa affinitatis inæquali nullum in libris juris Cæſarei extat interdictum. Sed nec ullus repetitur locus, ubi inter affines hujus lineæ nuptiæ permittuntur. Multi quoque exiſtimant illicitas fuiſſe, propterea quod etiam in tranſverſa inæquali linea perſona ſuperior parentis, inferior liberorum locum obtinent, *l. nuptiæ*, 53. *ff. de rit. nupt.* Et quia Modeſtinus generaliter pronuntiat, matrimonio copulari nefas eſſe, qui affinitatis cauſa parentum & liberorum loco habentur, *l.* 4. §. *hos itaque*, 7. *ff. de grad. & affin.* Pontifices Romani longius progreſſi ſunt, & ſicut in conſanguinitate vetuerunt conjungi non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quatto gradu numerant, cum octo inter ſe civili computatione diſtent, ita etiam in affinitate ad eundem uſque gradum prohibuerunt conjungi affines, *cap. non debet*, & ibi Canoniſt. *de conſang. & affin.* Itaque ſecundum decreta Pontificum non poteio ducere filiam aut neptem ſobrini uxoris meæ (*myns huisvrouwen achterſuſterlings dochter ofte dochters dochter*) ſine diſpenſatione. Lex Divina per Moſen data fere per omnia convenit cum jure Cæſareo Romanorum. In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Moſen *d. c.* 18. *verſ.* 14. & *cap.* 20. *verſ.* 20. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; adjecta hac ratione, quia eſt amita tua. Cui omnino conſequens eſt: 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, quia illius eſt matertera. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſororis uxoris ſuæ, quia & illi hujus *θεῖοι*. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis: quoniam & illæ hujus *θεῖαι*. de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt *art.* 11. *ord. polit.* Cæterum an æque ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut de quo hic quæſtio eſt, cum fratris aut ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri vel gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim ajunt verecundum eſt, patruum meum cum ea, quæ mea aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive cum duabus conſanguineis. Sed cur in his minus valeat ratio legislatoris, quia eſt amita aut matertera tua: quia eſt patruus aut avunculus tuus; *συγγενὴς γάρ σου ἐστί*, ut vertunt Septuaginta? non aliam utique rationem interdicti affert Moſes. Et vero ſi in univerſum ſpectamus cauſam ob quam nuptiæ etiam in quibuſdam gradibus affinitatis prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes jam non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in conſanguinitate: & propoſitionem illam Moſis *Levit.* 18. *v.* 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & ad eum uſque gradum vim ſuam exercere, ad quem uſque extenditur prohibitio inter ſanguine junctos, quæ & reformatæ eccleſiæ Doctorum ſententia eſt, ut videre eſt apud Zanch. *l.* 4. *de operib. Dei*, *c.* 1. *th.* 5. *in fin.* Beuſt. *de matrim. c.* 51. *poſt princ.* & alios; probata Ordinibus Hollandiæ *d. ord. polit. art.* 8. & paſſim in ditionibus liberæ Belgicæ recepta. Erratque adeo D. Johannes a Sande *l.* 2. *dec. Friſic. tit.* 1. *defin.* 8. dum aſſerit Zanchium putare jure Divino permiſſam eſſe conjunctionem cum amitæ vel materteræ marito, vel avunculi aut patrui uxore. Illos enim conſtanter contrarium docere comperturus eſt, quiſquis locos citatos inſpicere non gravabitur. Et quid? Zanchius contra expreſſa verba Moſis, *Turpitudinem patrui tui non revelabis*, &c. pronuntiaret lege divina permiſſum eſſe matrimonium cum uxore patrui? Concludimus ergo lege divina etiam prohibitum eſſe leviri vel gloris filiam aut neptem uxorem ducere, de quo hic ex profeſſo agitur. Atque ita ex facto conſultus non ita pridem cum Clariſſimo viro D. Nicolao Dedelio Collega meo piæ memoriæ reſpondi. Objiciebatur nobis, quod in prohibitoriis omnia conceſſa & permiſſa intelligantur, quæ non expreſſe & ſpecialiter ſunt prohibita, *l. nec non*, 28. §. 2. *ff. quib. ex cauſ. maj.* Negabam hoc a JCto dici, ſed hoc tantum, ſi leges non prohibeant: ſimpliciter ſcilicet, non autem ſi expreſſe non prohibeant: alioqui fore, ut omnis extenſiva interpretatio fundata in ſententia & ratione legislatoris tolleretur; quod abſurdum, immo inauditum eſt, & praxi omnis ævi contrarium.

Apud

Apud Moſen non prohibemur ſpecialiter ducere aviam, neque proneptem, neque amitam aut matetteram magnam, neque uxorem avunculi, immo nec ipſam filiam noſtram. An igitur dicemus inter omnes haſce perſonas jus connubii eſſe? abſit. Neque enim in prohibitoriis id ſolum prohibitum intelligi debet, quod verbis expreſſim prohibitum eſt: verum etiam quod eandem prohibitionis rationem habet, ex ſententia ſcilicet legislatoris; *l. contra*, 29. *& l. ſeq. ff. de legib. l.* 3. §. *is autem*, *l.* 7. §. *mutui*, *ff. de Senat. Maced. l. oratio*, *ff. de ſponſal. cum ſimil. c. quod una*, *ext. de reg. jur. in* 6. eoque pertinet *l.* 6. §. 1. *ff. de verb. ſign.* ubi Ulpianus ait verbum *ex legibus*, ſic accipiendum eſſe, tam ex legum ſententia, quam ex verbis. Et illud Celſi, Scire leges non hoc eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, *l. ſcire*, 17. *ff. de legib.* Et quamvis igitur ſingula apud Moſen non ſint expreſſa, tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda; cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur, *l. neque leges*, 10. *cum aliquot ſeqq. ff. de legib. l.* 8. *ff. ad leg. Aquil:* Cic. *pro Dæcinn. & alibi*.

Doctores Reformati, atque inter eos Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchius *lib. de operib. Dei c.* 1. *theſ.* 7. in eo quoque conveniunt, quod etiam interdicta, quæ affines laterales ſpectant, moralia ſint & perpetui juris. Et noſtra quidem opinione verba *d. c.* 18. *Levit. verſ.* 24. adeo clara ſunt, ut de eo dubitandi nemo rationem habeat. Neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum ſingulis interdictis pugnantia tam graviter puniviſſet, niſi in ſingulis peccaſſent contra legem naturæ, id eſt, legem naturalis pudoris & verecundiæ. Attendatur pœnæ gravitas & notentur particulæ univerſales, quibus ſingulos iſtos caſus deſignat legislator, cum idcirco gentes puniendas eſſe ait, ac proinde nec juris ignorantia hic cuiquam prodeſſe potuit, nec excuſationem mereri, quod res non eſſet integra. Etſi enim pleræque harum conjunctionum directe non adverſantur primæ illi legi naturæ, ſeu primis juris naturæ principiis: contrariæ tamen ſunt concluſionibus, quas homo rationis & naturæ ductu ex primis iſtis principiis elicere poteſt & approbare debet; & ita juri naturæ ſecundario: cujus gratiam facere nemo niſi Deus ipſe poteſt: qui & forte in ſanctis olim quædam matrimonia vetita *d. c.* 18. *Levit.* conceſſit propter ſancti generis paucitatem; aut piis ex infirmitate lapſis, & judicii errore aliorum exempla ſecutis, id benigne condonavit. Denique talia objicienti recte reſpondebitur, non exemplis, ſed legibus judicandum eſſe. Grotius 2. *de jur. bell. & pac.* 10. putat legem de conjugiis a Deo datam univerſo humano generi in reparatione poſt diluvium. Atque hac in parte multum, immo nimium tribuit interpretationi Rabbinorum. Igitur ut tandem concludamus, dicimus leges omnes in univerſum de conjugiis a Deo per Moſen populo Iſraelitico datas morales & æternas eſſe, atque haud ſecus conſtringere omnium hominum vitam, quam ipſa Decalogi præcepta: ac proinde neminem mortalium hic ſibi quicquam vindicare poſſe, cum Ant. Contio 2. *ſubſec.* Beza *d. tract. de repud. & divort.* Zanchio *lib.* 4. *de operib. Dei*, *c.* 1. *theſ.* 7. Bucano *loc. de conjug. quæſt.* 22. quamquam non omnes, qui contra iſtas leges faciunt, æque graviter peccant. In qua ſententia & Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literas*, *de reſtit. ſpoliat.* ut & in Panorm. *in d. c. n.* 17. multique alii e Pontificiis Doctoribus tam Theologis, quam JCtis, ideoque doctiſſimi Scholaſticorum, qui etiam aperte docuerunt, nec ipſum Pontificem Romanum diſpenſare poſſe, ut matrimonium contrahatur inter perſonas in gradibus prohibitis *d. c.* 18. *Levit.* quorum prolixum catalogum habes apud Sanchez Jeſuitam *de matrim. lib.* 7. *diſput.* 52. *n.* 7. Grotius *lib.* 1. *introd. ad juriſp. Bat. c.* 5. & Coren. *conſ.* 21. *n.* 27. & 28. memorant, DD. Ordines Hollandiæ ſemel atque iterum per modum diſpenſationis petenti alicui permiſiſſe, ut filiam gloris uxorem duceret; & nominatim Ægidio Flory Procuratori Generali 20. Auguſti 1609. ſed poſtmodum ſemper, ut accepi, idem petentibus de conſilio Curiæ provincialis denegatum eſt, non minus pie mea ſententia, quam tuto.

CAPUT XIV.

An quævis filia a quibuſvis parentibus dotanda; & ex profeſſo, an pater cogatur dotem dare filiæ locupleti?

DOTARE filiam eique conditionem honeſte nubendi quærere patris officium eſt. *l. capite*, 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. C. de dot. promiſſ.* Nam cum maritus onera matrimonii ſuſtinere cogatur, & pro hiſce oneribus viciſſim omnes fructus dotis, quam ab uxore accepit, ipſius lucro cedant, etiam hoc onus, dotandi ſcilicet filiam, ut hujuſmodi onerum partem agnoſcere debet, *l. pro oneribus*, 20. *C. de jur. dot.* Sed hoc ita ſi pater filiam habeat in poteſtate, *d. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* alias avo paterno id incumbit, cujus in poteſtate filia eſt. Secus etiam eſt, ſi filia ſit emancipata; utpote quæ bona propria habet, ex quibus dos conſtitui poteſt. Sed nec tam arctum vinculum eſt patri cum filia emancipata & ſui juris effecta, quam cum ea, quæ adhuc in ejus poteſtate & familia eſt: & hæc patri, illa ſibi acquirit. Non adverſatur quod a Papiniano reſponſum eſt, cum pater idemque curator filiæ emancipatæ dotem pro ea conſtituit, in dubio cum

Digitized by Google

videri magis quaſi patrem de bonis ſuis dotem conſtituiſſe, quam quaſi curatorem de bonis filiæ, *l. 5. §. 12. ff. de jur. dotium*. Ex eo enim minime ſequitur, patrem jure obligatum eſſe ad dotem filiæ emancipatæ dandam: ſed τὸ ἐναντίον, nempe patrem non teneri ex ſuis bonis dotare filiam emancipatam, & ſi expreſſim de bonis filiæ non de ſuis dotem conſtituat, nihil eum contra jus facere. Idem non obſcure arguit *l. ſi res, 51. ff. eod. tit.* ubi Ulpianus ait, ſi pater filiæ emancipatæ res, quæ ei poſt emancipationem donavit, in dotem poſtea dederit, dotem a filia, non a patre datam videri: ergo non tenetur pater de propriis bonis filiæ ſui juris effectæ dotem dare. Quod ſi pater filiæ nomine dotem promiſit, eamque ante nuptias emancipavit, non reſolvitur promiſſio, non magis quam ſi pater ante nuptias mortuus eſſet, *l. ſi pater, 44. pr. ff. eodem*. Sed & ex hoc ipſo a contrario ſenſu recte colligitur, citra promiſſionem non teneri patrem de ſuo filiam emancipatam dotare. Plane ſi filia emancipata ſit paupercula, & abſque dote conditionem invenire nequeat, tentari poteſt officio magiſtratus patrem cogi poſſe, ut dotem det. Multo minus igitur tenebitur pater dotare filiam naturalem. Non enim quilibet, qui pater eſt, in hujuſmodi cauſis jure noſtro pro patre habetur: ſed is demum, quem nuptiæ demonſtrant, aut qui filiam adoptavit, *l. 5. ff. de in jus voc. l. 6. ff. de his qui ſui vel al. jur. l. 1. & paſſ. ff. de adopt.* Non mutat, quod pater alimenta præſtare huic filiæ debet: nam ab alimentis ad dotem non recte argumentamur affirmando, puta alere tenetur, ergo & dotare: ſed negando dumtaxat, non tenetur alere, ergo nec dotare. Buſius in *d. l. 19. ff. de rit. nupt.* Etiam ſpuria ſive vulgo quæſita filia alenda a patre eſt, modo de eo conſtet: non tamen dotanda. Alimenta denegare eſt necare, *l. 4. ff. de agnoſc. & alend. lib.* denique quid verbis opus eſt? textus in hanc rem ſatis eſt clarus in *l. uxorem, 41. §. pater naturalis, 11. ff. de legat. 3.* ubi pater pro filia naturali, cui fideicommiſſum debebat, dotem dans, non intelligitur id feciſſe, ut pater, aut dotis debitor, ſed ut debitor fideicommiſſi, & hujus debiti minuendi cauſa. Quin & ſi maxime velit pater, tamen ſi liberos legitimos habeat, non niſi certam quantitatem, & nimirum unam unciam quocunque, modo vel inter vivos vel ultima voluntate in talem filiam transferre poteſt, *l. 8. C. de natur. lib.* junct. *Nov. 89. c. 12. §. 2.* Unde tamen benigne dici poteſt, ſi filia naturalis valde inops ſit, officio jus dicentis, ſive ut nunc loquuntur, officio judicis nobilis, patrem conſtringi poſſe, huic filiæ aliquid in dotem det; quod tamen, ſi liberi legitimi ſint, non excedat quantitatem definitam *d. l. 8. C. de natur. lib. & d. Nov. 89. c. 12. §. 2.* Et hæc communis eſt opinio. Gloſſ. *in l. uxorem, 41. §. pater naturalis, 11. ff. de legat. 3.* Bartol. ibid. *& in l. 1. ff. ſolut. matr. n. 11.* Bald. & Salic. *in l. ult. C. de dot. promiſſ.* Mantic. *lib. 12. de tac. & ambig. conv. 19. n. 4. & 32.* Gudel. 1. *de jur. nov. c. 14.* Perez. *ad d. t. C. n. 6.* Alii ſe fundant in æquitate juris Canonici, *arg. c. cum haberet in fin. de eo qui dux. in matrim.* ubi Gloſſ. Gail. 2. *obſ.* 188. *n.* 4. & plerique appellatione ſpuriorum intelligunt omnes, qui non ſunt nati ex juſto matrimonio, confundentes ex concubina natos cum vulgo quæſitis, Palæot. *de not. ſpur. fil. c. 49. & ſeq.* Boer. *deciſ.* 127. Covar. *par. 2. de matrim. c. 8. §. 6. n. 15.* Gail. *d. loc.* Nonnulli eadem æquitate moti nec eos in totum excludunt, qui nati ſunt ex damnato coitu, ab alimentis ad dotem perperam κατασκευάζουσι.

Mater filiam dotare non cogitur, niſi ex magna & probabili cauſa, *l. neque mater, 14. C. de jur. dot.* Magna autem cauſa eſſe putatur non tantum ſi mater ſit dives, pater inops; verum etiam ſi mortuo patre ipſa filia inopia laboret. Legibus etiamſi hoc ſpecialiter cautum eſt, ut mater hæretica filiam Chriſtianam dotare cogatur: *l. cognovimus, 19. C. de hæret. & Manich.* ad quem textum forte reſpexit Tribonianus in *d. l. neque mater*, in verb. *vel ex cauſa ſpecialiter lege expreſſa*. Sed illud ceſſare cœpit, poſtquam ex conſtitutione Frederici in *auth. Gazares, C. de hæret. & Manich.* & Jure Canonico *c. vergentes, 10. ext. eod.* omnium hæreticorum bona confiſcare placuit, ita ut in *d. c. vergentes*, etiam liberi Catholici ab iis bonis excludantur: niſi quis dicat, & quidem probabiliter, ex bonis iſtis confiſcatis aliquid pro dote vel alimentis liberorum decidi oportere, ſicut olim ex bonis damnatorum portiones liberis relinquebantur, *l. 6. ff. de bon. damnat.* Sed moribus fœderatæ Belgicæ hæc jura abrogata ſunt: nemoque apud nos propter hæreſim aut heterodoxiam bonorum patitur publicationem. Et cum igitur nec Judæorum bona publicentur, proculdubio diſpoſitioni *d. l. 19. C. de hæret.* locus erit Judæa in matre, ut filiam Chriſtianam dotare cogatur. Sed & totius fere Belgii aliorumque moribus ob conjugalem bonorum omnium communionem mulier ſicut lucri, ita etiam damni particeps fit: & ideo dotandi onus, tamquam æs alienum commune eſt, & ad utriuſque parentis officium ſpectat. vid. Groenevv. *de ll. abrog. ad d. l. neque mater*, & ibi alleg.

Præcipua vero quæſtio hic eſt de filiafam. locuplete ſeu bona propria habente, nempe an & huic pater dotem dare cogatur. Ego ſic diſtinguendum arbitror: Si filia habet quædam bona libera pleno jure ex bonis maternis aut aliunde, quorum uſumfructum pater non habet (ut *in auth. excipitur, cum, 2. ſeqq. C. de bon. quæ lib.*) unde honeſte pro conditione perſonæ ſuæ dotari poteſt; hoc caſu non putarem patrem cogi poſſe, ut de ſuo dotem filiæ conſtituat.

Ratio

Digitized by Google

Ratio eſt, quia nec talem filiam alere pater tenetur, *l. 5. §. ſed ſi, 7. ff. de agnoſc. & alend. lib.* ab alimentis autem ad dotem licet ἀντιστρέφειν. Et ceſſat omnino ratio onerandi patrem, quando filia ob bona propria conditionem reperire poteſt. Bart. *in l. mulier, 22. §. cum proponeretur, 4. ff. ad ſenat. Trebell.* Alciat. *in l. 1. ff. ſolut. matrim.* Tulden. *in C. tit. de dot. promiſſ. n. 7.* Bachov. *in Treutl. diſp. de jur. dot. theſ. 2.* Multa quidem poſt Salicetum & alios, ſed in vanum diſputant Gall. *2. obſ. 95.* Palæot. *de noth. & ſpur. c. 49. & ſeq.* Sichard. *in l. ult. C. de dot. promiſſ.* Bronch. *3. aſſert. 14.* ut probent argumentum a negatione debitionis alimentorum non neceſſario procedere ad negationem debiti dotis, cauſamque dotis etiam favorabiliorem eſſe cauſa alimentorum. Quo nihil eſt παραδοξότερον. Sed objicitur nobis *d. l. ult. C. de dot. promiſſ.* quæ eſt una ex quinquaginta deciſionibus Juſtiniani. Videamus ergo quid Juſtinianus illic conſtituat. Agit ibi Imperator de patre habente uſumfructum in bonis liberorum adventitiis, ut patet ex principio d. conſtitutionis. Deinde non jubet patrem dotem de ſuo dare: ſed ſi dotem ultro promiſerit, definit, ex cujus bonis hoc pater feciſſe cenſeri debeat, utrum de bonis propriis ex liberalitate, an de bonis filiæ. Et ſumma *d. l. ult.* eſt, quam refert Baldus. Pater ſimpliciter dotem dans pro filia, non expreſſo de cujus patrimonio, cenſetur dediſſe de ſuo ipſius patrimonio. Si vero dixerit ſe dotem dare de ſuo & filiæ patrimonio, tunc ſi pater eſt inops, cenſetur dotem dediſſe de filiæ patrimonio: ſin pater eſt locuples, cenſetur eam ſummam, quam expreſſit, dediſſe de ſuo ipſius patrimonio, & tantundem tacite voluiſſe accedere ex bonis adventitiis filiæ, in quibus uſumfructum habet, quem uſumfructum eatenus tacite remiſiſſe intelligatur. Idemque jus conſtituit, ſi pater donationem propter nuptias pro filio promiſerit. Quod ſi pater expreſſe dicat ſe de filiæ bonis dotem dare, is caſus non deciditur in *d. l. ult.* ſed decidendus eſt ſecundum ea, quæ dixi, nempe patrem non cogi de ſuo dotare filiam locupletem, quæ bona propria pleno jure habeat, ſeu quorum uſusfructus non pertineat ad patrem. Hoc igitur adhuc manet, ſi pater ſimpliciter pro filia, quamvis bona propria pleno jure habente, dotem dederit, eam de ſuis bonis ex liberalitate dediſſe intelligitur, *l. 5. §. 12. ff. de jur. dot.* At ex eo, ut ſuperius quoque diximus, recte colligitur, poſſe patrem, ſi velit, etiam de filiæ bonis dotem promittere, & ſi hoc expreſſe dixerit, eum non teneri de aliis, quam de filiæ bonis dotem promiſſam præſtare. Pac. *l. ſi res, 51. ff. eod. tit.* Non obſtat, quod etiam filiæ locupleti debetur portio legitima. Hæc enim mortuo demum patre debetur, nec liberis auferri debet patris hereditas, ad quam ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita eos vocat. Dos autem datur a patre vivo in eum finem, ut filia conditionem matrimonii reperire poſſit; quod ſi poteſt ob propria bona ceſſat cauſa onerandi patrem, ut bene Diod. Tulden. *ubi ſupra.* Duar. *ad t. ſol. matr. c. 3. de dotib.* Quod ſi filia nulla bona propria habeat, aut nudam tantum bonorum proprietatem, uſufructu apud patrem conſtituto, hoc caſu pater aut ex ſuo patrimonio dotem dare debet, aut remiſſo uſufructu, quem in bonis filiæ habet, plenum eorum jus ex cauſa dotis in filiam transferre: ſicut etiam pater, qui uſumfructum in bonis liberorum adventitiis habet, alimenta illis de ſuo præſtare tenetur, *l. ult. §. ipſum autem, 5. pr. & verſ. cum enim, Cod. de bon. quæ lib.* De filia, quæ ſine patris conſenſu nupſit, fruſtra quæritur, an eam dotare pater debeat: quoniam hoc caſu jure civili nec dos, nec matrimonium intelligitur: moribus noſtris ob eam cauſam etiam exheredari poteſt, utique ſi minor viginti annis fuerit, Grot. *l. 2. introduct. ad juriſp. Batav. c. 18.* alibi etiamſi major, modo minor 25. annis, Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 132. n. 19.* Tulden. *in C. de nupt. num. 2. & de dot. promiſſ. num. 9.* Quid de jure Canonico hic ſtatuendum, vide Gail. *2. obſ. 95. num. 3. & ſeqq.* Panorm. *in c. 1. n. 6. de deſponſ. impub.* Covar. *p. 2. de matrim. c. 3. §. 8. num. 8.* Tulden. *d. num. 9.* An vero & quatenus ſecundum jura, quæ nunc obtinent, ſecipi poſſit conſtitutio Juſtiniani in *l. ult. C. de dot. promiſſ.* quam ſingularem & ſatis mirabilem appellat Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 132. num. 24.* & tamen uſu forenſi receptam prædicat, eo quod ſecundum eam in Camera Imperiali judicatum teſtatur Mynſingerus *cent. 5. obſ. 32. num. 2.* vide Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad d. l. ult.* ubi bene & ſolide oſtendit non poſſe eam conſtitutionem moribus horum temporum ſine vitio applicari aut in praxi recipi, licet ſecundum jura illius temporis, quo compoſita & a Juſtiniano promulgata eſt, ratione & æquitate non careat, quod etiam non obſcuta innuit Tulden. *ubi ſup. num. 6.*

C A P U T XV.

An promiſſio donationis cauſa facta inter virum & uxorem morte promittentis confirmetur, etiamſi traditio ſecuta non ſit?

DONATIONEM inter virum & uxorem jure noſtro prohibitam eſſe conſtat *t. ff. & C. de donat. int. vir. & uxor.* Ratio ſumenda a blanditiis conjugalibus, quibus nihil non alter ab altero impetrare, vel cauſam rixarum & diſſidii, quin & divortii quærere poſſit? cui adde quæ referuntur in *l. 1. & l. 2. ff. d. t.* & docte explicantur a Connano *lib. 8. comm. cap. 11.* Sunt tamen nonnullæ hic exce-

ptiones

Digitized by Google

ptiones & nonnulli caſus, quibus hanc donationem valere placet: veluti ſi donator non fiat pauperior, immo ſi donatarius non fiat locupletior, licet ille pauperior, *l.* 5. §. *conceſſa*, 8. & §. *cum igitur*, 16. *ff. eod.* 2. ſi donationes ſint reciprocæ, *l.* 7. §. 2. *ff. eod.* aut remuneratoriæ inſignis alicujus operæ aut officii, *arg. l. hoc jure*, 19. §. 1. *l. Aquilius*, 27. *ff. de donat.* ſi mortis cauſa donatio fiat, *l.* 9. §. *ult. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir.* Etſi autem his cauſis, & ſi quæ ſunt ſimiles, exceptis cæteræ donationes inter virum & uxorem non conſiſtunt; placet tamen morte donantis eas confirmari, *l. res uxoris*, 24. & *l. ſeq. C. de donat. int. vir. & ux.* quod effectum eſt oratione Severi & Antonini, quæ refertur & explicatur ab Ulpiano in *l. cum hic ſtatus*, 32. *ff. eod.* Infirmæ vero manent, quamdiu mors donantis nondum ſecuta eſt; ac proinde præmoriente donatario evaneſcunt; quoniam tunc confirmationi locus eſſe amplius non poteſt. Quæſitum autem eſt, & eleganter quæſitum, ſi conjux conjugi rem non tradiderit, ſed donationis cauſa tantum promiſerit, ſubſtiteritque in finibus conventionis, an & hæc conventio (quæ & ipſa κατὰ μετωνυμίαν donatio appellatur) morte promittentis confirmetur, ut ſuperſtiti donatario contra donantis defuncti heredem exactio promiſſi detur. Res non caret ſcrupulo. Gloſſa, Bartolus, Baldus & DD. comm. *in l. Papinianus*, 23. *ff. de donat. int. vir. & ux.* Coſtal. *ibid.* Connan. *lib.* 8. *comm. cap.* 11. Mant. *lib.* 21. *de tac. & ambig. conv. t.* 7. *n.* 32. Scip. Gentil. *lib.* 3. *de donat. int. vir. & ux. c.* 38. Mynſing. *cent.* 2. *obſ.* 33. *n.* 3. ſtatuunt hoc caſu ceſſare orationem, nempe morte donantis conjugis non confirmari donationes, quæ verbis tantum promiſſæ ſunt, ſed eas ſolas, quæ revera extiterunt, & traditione perfectæ ſunt; heredem autem conjugis ex ſola promiſſione conveniri non poſſe, licet non revocata voluntate conjux deceſſerit. Atque his ego me adjungam ſocium. Rationes, quæ me impellunt, hæ ſunt. Primum quod non videatur plene & cum effectu donare voluiſſe, qui tantum promiſit, neque dedit: & quia fidem ſuæ donationis non præſtitit, pœnituiſſe exiſtimandus eſt. Immo nec revera & proprie donatio ſubſiſtens in terminis conventionis donatio eſt, ſed de dando conventio. Proprie enim nemo donare intelligitur, niſi qui & tradat, *l.* 1. *ff. de donat.* Donatio eſt doni datio, *l. ſenatus*, 35. §. 1. *ff. de mort. ca. donat.* Unde donatio opponitur ſtipulationi & promiſſioni, *l.* 3. §. 10. *l.* 23. *ff. de don. int. vir.* 2. Quia non eſt novum, ut conventio, quæ alias per ſe prorſus nulla eſt, accedente traditione aliquid roboris accipiat, atque ob eam cauſam facilius confirmari debeat, *l.* 1. §. *ſi vir*, 4. & ibi Bart. *ff. de acq. poſſ.* 3. Movet textus in *l. cum hic ſtatus*, 32. §. 2. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi verba orationis referuntur, quæ hoc exprimunt, durum eſſe, ut eripiatur donatario ab herede defuncti donatoris, quod defunctus donavit. Eripi autem nemini poteſt, niſi quod jam habet, quod traditum ſibi tenet ac poſſidet. 4. Quoniam alias nulla in propoſito dari poſſe videtur differentia inter donationem mortis cauſa, & donationem inter vivos, *arg. l.* 32. *ff. de mort. ca. don.* & *l.* 11. *pr. ff. de don. int. vir.* quarum illa tamen inter conjuges permiſſa, hæc vetita. 5. Textus expreſſus & rotundus in *l. Papinianus*, 23. *ff. de donat. int. vir. & ux.* ubi Ulpianus ſententiam Papiniani probat, exiſtimantis orationem Divi Severi ad rerum donationes duntaxat pertinere, non ad nudas promiſſiones: ideoque ſi maritus uxori ſuæ ſtipulanti tantum ſpopondiſſet, non etiam tradidiſſet, marito mortuo heredem ejus conveniri non poſſe, licet durante voluntate maritus deceſſerit. Hic utique in terminis, ut loquuntur, quæſtio propoſita deciditur, & ſecundum quod nobis viſum apertiſſime pronuntiatur. Quis enim ferat, quod ad hunc locum Ant. Faber *lib.* 2. *conject.* reſpondet, Ulpianum memorare tantum ſententiam Papiniani, non probare, cum diſerte Ulpianus dicat Papinianum recte putaſſe, &c. Sed ſcilicet, ſi fides Ant. Fabro, vox recte ab imperito interprete addita eſt, & ideo tollenda. Schifordigerus autem *lib.* 1. *tract.* 11. *quæſt.* 8. de via magiſtri ſui non nihil deflectens putat ex duabus ſententiis Papiniani, quæ ab Ulpiano proferuntur, priorem dumtaxat Ulpiano probari, poſteriorem ab eo referri tantum, non probari; propterea quod poſteriore non repetit particulam *recte*: quaſi vero ea repetita non intelligatur ἀπὸ κοινοῦ, aut poſterior aſſertio Papiniani non dependeat, tanquam neceſſarium conſequens a priori. Denique ſi poſteriorem non æque ac priorem probaſſet Ulpianus, haud dubie id expreſſiſſet, nec ſine vitio id omittere potuit. Putant nonnulli variaſſe Ulpianum, & Papiniani ſententiam, quam prius probaverat, *d. l. Papinianus*, poſtea improbaſſe in *d. l. cum hic ſtatus*. At cur hoc magis dicunt, quam Ulpianum ſuam ipſius ſententiam mutaſſe poſtea, & probaſſe Papiniani in *d. l. Papinianus*. In *d. l. cum hic ſtatus*, §. 1. loquitur obſcurius: & locus iſte aliam interpretationem, quam quæ ab illis aſſertur, pati poteſt, ut poſtea demonſtrabitur. At in *d. l. Papinianus*, nulla obſcuritas, plana & aperta Juriſconſulti ſententia. Fateor tamen & contrariam non levibus niti argumentis, eamque habere aſſertores egregios, interque eos Coraſium *lib.* 5. *miſc. cap.* 1. Ant. Fab. & Schifordigerum ubi ſupra. Sed age, argumenta hæc excutiamus, & videamus quid iis probabiliter reſponderi poſſit.

Pri-

Digitized by Google

Primum ducitur ex *l. cum hic ſtatus*, 32. §. *ſive autem*, 23. *ff. de don. int. vir.* ex quo loco ſic illi colligunt: Quæcunque donatio ex ratione juris veteris ante orationem Severi inter conjuges non valebat, ea oratione confirmata eſt, *d. §. ſive autem*. At conſtat nec valuiſſe promiſſionem donandi cauſa factam, *l. §. 1. ſciendum*, 10. *ff. eod.* ergo & illa ex eadem oratione valet. Reſpondeo, in hoc argumento concedi ſibi poſtulant τὸ ἐν ἀρχῇ, quod eſt in quæſtione, nempe an omnes quocunque modo factæ donationes per orationem ſint confirmatæ. Nam textus in *d. l. cum hic ſtatus*, 32. §. *ſive autem*, 23. commode reſtringi poteſt ad donationem veram ac proprie dictam, plenam ſcilicet & perfectam, quæ ſit conſummata vel per traditionem actualem, vel per acceptilationem, aut quamvis fictionem brevis manus, quæ pro traditione ſit, ut in *l. 3. §. ult. ff. eod.* ut hiſce modis & ſi qui id genus alii, donationem factam oratione confirmari intelligamus. Atque huc pertinet *d. §. 23. d. l. 32.* ubi expreſſe agitur de remiſſione obligationis facta per acceptilationem, in qua eſt fictio brevis manus, tanquam res ſoluta, & mox donationis cauſa reddita eſſet. Sed ajunt etiam ſtipulatione perfici donationem. Quis negat? Immo ex conſtitutione Juſtiniani etiam nuda conventione perficitur donatio, cum ſcilicet donator voluntatem ſuam ſcripto aut ſine ſcripto manifeſtavit, §. 2. *Inſtit. de donat. l. ſi quis*, 35. *C. eod.* Sed hic primus tantum gradus perfectionis eſt unde donatario in donatione licita acquiritur obligatio & actio dumtaxat, non rei promiſſæ dominium. Vere autem & plene demum perficitur & conſummatur donatio promiſſi & doni præſtatione. Sic emptio & venditio perfici dicitur, ſimul atque de pretio convenit: non ante tamen pro conſummata habetur, quam res tradita ſit & pretium numeratum. Atque, ut ante diximus, proprie donatio ipſam rei tranſlationem ſignificat: quam ob cauſam etiam inter modos acquirendi dominii numeratur. *Inſt. de donat. in pr.*

Secundum argumentum ſumitur ex *d. l. cum hic ſtatus*, 32. §. 1. ubi Juriſconſultus ait, oratione inductum eſſe non tantum, ut res fiat ipſo jure ejus, cui donata eſt, ſed etiam ut obligatio ſit civilis: quod poſtremum non niſi de ſtipulatione donandi cauſa facta putant intelligi poſſe. Sed quidni verba iſta Juriſconſulti de eo caſu accipi poſſint, quo aut nomen conjugi donatum eſt & ceſſa actio, aut evictionem promiſit donator, quomodo & Accurſius eà accepit? Hoc certe probabilius dicitur, quam aut Ulpianum ſibi non conſtitiſſe, aut Papinianum a reliquis diſſenſiſſe Juriſconſultis. Addit Accurſius & alium caſum, nempe ſi alter alteri debitum per acceptilationem remiſerit: ſed hoc quomodo huc applicari queat non video.

Tertio non parum juvare videtur contrariam ſententiam, quod ab Ulpiano reſponſum eſt in *l. ſi ſtipular.* 33. *ff. eod.* ſi mulier annuum ſtipulata fuerit, & manente matrimonio maritus deceſſerit, donationem (Haloander & Duarenus legunt *ſtipulationem*) ex SCto confirmari. Reſpondet Bartolus confirmari quidem hoc caſu donationem, ſed non ultra, quam ante ex ſtipulatione præſtitum eſt a marito juxta *d. l. Papinianus*, 23. *ff. eod.* Ego autem puto recte defendi poſſe, ex promiſſione annui etiam ejus nomine, quod præſtitum non eſt, heredes mariti, qui promiſit, teneri, ſed non aliter, quam ſi maritus re ipſa jam ſolvit aliquid de illo annuo, puta ſi unius aut alterius anni pretium conventum dedit, ut jam in actum exierit illa promiſſio, & poſtea ceſſavit. Hoc, inquam, caſu puto reliquorum annorum debitum ab heredibus exigi poſſe, propterea quod hic promiſſor ipſo facto voluntatem ſuam ſatis declaravit: quanquam nec abſurdum eſt in promiſſione annui ſeu alimentorum ſtatuere exceptionem. Plane non eſt exiſtimandum donationem annui durare ultra matrimonium, cum ex conjugali affectione fluxerit.

Quarto in contrarium urgent, *l. 2. C. de dot. caut. non num.* Sed ad hunc locum facilis reſponſio eſt, nimirum cum vir donandi animo aliquid incrementum in dotem adſcribit, ut in ſpecie *dict. leg. 2.* quaſi traditionem factam videri, per fictionem ſcilicet brevis manus, cujus eadem vis eſt, quæ veræ, *l. 3. §. pen. & ult. ff. de donat. int. vir. & ux.* neque aliter traditionem talis incrementi fieri ſolere: cum enim dos ipſa conſtante matrimonio penes maritum eſſe debeat, & conſequenter etiam incrementum dotis *leg. 4. ff. de jur. dot.* abſurdum eſſe id tradi mulieri & ſtatim a viro recipi. Quapropter hoc incrementum dotis perinde ac ſi revera traditum eſſet, actione rei uxoriæ ab heredibus mariti uxor recte petet. Bartolus in eandem ſententiam tribus verbis reſpondet, eſſe in *dict. leg. 2. Cod. de dot. caut. non num.* traditionem fictam, quæ idem operetur, quod vera. Ultimo objicitur communi ſententiæ *Novell.* 162. *cap.* 1. ubi expreſſe etiam quævis promiſſio donationis cauſa mulieri facta, licet nulla traditio intervenerit, poſt mortem mariti confirmatur, & mulieri ejus, quod in conventionem deductum eſt, datur condictio. Verum cum novum jus illic aperte introducatur, quod olim ex oratione Severi non obtinuit, ex veteri utique jure communis ſententia recte defenditur. Quid ergo? An novo jure vera eſt contraria ſententia, & ſecundum eam pronuntiandum? Sane quidem ſecundum illam Novellam, ſed ego dubito an Novella iſta in praxi & foro ſub auctoritate legis allegari poſſit: quoniam in vulgatis editionibus deſideratur, & demum a Neotericis ex Græ-

co tranſlata & volumini Authenticorum inſerta eſt. Unde nec a pleriſque allegatur, ne quidem a Coraſio aut ipſo Ant. Fabro. Sed neque videtur eſſe Juſtiniani, verum alius & incerti Principis: ideoque nec addita eſt inſcriptio alicujus Imperatoris. Quid hic juris noſtris & Galliæ moribus, vide Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 1. C. de donat. int. vir. & ux.*

CAPUT XVI.

An cum teſtator prohibuit inventarii confectionem, etiam neceſſitas reddendarum rationum tutori vel curatori remiſſa intelligatur?

TUTORES omnes & curatores, cujuſcunque generis ſunt, non ante debent ſe miſcere adminiſtrationi ſibi commiſſæ, quam inventarium bonorum omnium & rerum pupillorum aut adultorum, nominumque & inſtrumentorum ſolemniter ſub præſentia publicarum perſonarum confecerint, *l. tutor*, 7. *pr. ff. de adminiſtr. tutor. l. tutores*, 24. *C. eod. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* ſolo patre legitimo adminiſtratore ſecundum communem interpretum ſententiam excepto. Montan. *de jur. tut. cap.* 32. *reg.* 5. *de confect. invent. num.* 88. Eſt autem inventarium hoc fundamentum adminiſtrandi bona & caput reddendarum rationum, *l.* 1. §. 3. *ff. de tut. & rat. diſtr.* Inde enim promptum eſt, quod alias vix fieri poſſet, cognoſcere, an & quantum fraude vel negligentia tutorem de bonis ſit deminutum. Atque ideo ob non confectum inventarium quaſi ſuſpecti removentur, vinculiſque publicis continentur, tanquam rerum pupillarium ſpoliatores, & prædones, & infamia notantur, *l.* 3. §. *tutores, qui repertorium non fecerunt*, 16. *ff. de ſuſp. tut.* (in editione Florentina illa verba deſunt, & initium §. eſt, *qui pecuniam*,). *l. ult. in fin. C. arbitr. tutel.* Denique contra eos juratur in litem, nec tantum ob dolum, verum etiam ob latam culpam, *d. l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. l.* 2. *C. de in lit. jur.* Covar. *var. reſol. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 14. *in fin. & num.* 5. Montan. *d. loc. num.* 20. *& multis ſeqq.* Poſtremo non ante quam inventarium publice confecerint, & ſecundum morem ſolitum res iis traditæ fuerint, & ullam habeant adminiſtrandi, aut vel attingendi bona pupillorum adultorumve facultatem, *d. l. ult.* §. 1. *C. arbitr. tut.* Sunt tamen nonnulli caſus, quibus aliquid de hoc jure relaxatur: vel ſi juſta cauſa impediat, quominus tutor ſtatim aut ſuo tempore (de quo vide Montan. *d. loc. num.* 29.) inventarium facere poſſit, puta ſi morbus ſonticus eum tardet, *d. l. tutor*, *pr.* & ibi Bartol. *num.* 17. aut ſi cauſa non admittat dilationem & res pupillo non obſit, ſed proſit, *l. ult. C. de tut. qui ſat. non ded. d. l. tutor.* & ibi Bartol. *num.* 27. Eſt & alia eaque inſignis exceptio, nempe ſi teſtator expreſſim prohibuerit inventarium fieri, *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* Idemque juris eſſe plerique putant, etſi teſtator non expreſſe prohibuerit fieri inventarium, ſed tantum ſimpliciter tutori remiſerit neceſſitatem inventarium faciendi, Bart. *in l. nemo poteſt*, 55. *num.* 12. *ff. de legat.* 1. Guid. Pap. *dec.* 352. Clar. §. *teſtamentum*, *quæſt.* 66. *num.* 4. Montan. *d. loc. num.* 98. Moller. *lib.* 1. *ſemeſt. cap.* 39. *num.* 12. Gothofr. *ad d. l. ult.* §. 1. quaſi nihil interſit, utro horum verborum teſtator uſus fuerit, remitto, an vero ſive prohibeo: quod tamen vix eſt, ut probare poſſim. Nam qui vetat, jubet ne fiat ullo modo; qui remittit, non vult fieri, ſed gratiam ejus, quod fieri debebat, facit. Vetando teſtator ſuo & pupillorum ſuorum pudori conſulere velle intelligitur, quæ juſta cauſa eſt, remittendo tantum gratificatur tutoribus, quæ cauſa non videtur eſſe ſufficiens. Sane Juſtinianus in *d. l. ult.* §. 1. *C. arb. tut.* non aliter tutores a neceſſitate faciendi inventarii abſolvit, quam ſi teſtator ſpecialiter inventarium conſcribi vetuerit: quod & Jaſon in *l. nemo poteſt*, 55. *ff. de legat.* 1. *in col.* 10. notat & ſequitur Chaſſan. *ad conſuet. Burgund. in gloſſ. verb. par inventaire, tit. des enfans de plusieurs licts*, *num.* 27. Jo: Dilect. *de art. teſt. tit.* 7. *cautel.* 3. *num.* 2. Damhoud. *in patrocin. pup. tit. de tut. & cur. mun. tom.* 1. *num.* 17. Chriſtin. *ad ſtat. Mechlin. tit.* 19. *art.* 12. *num.* 5. Buſ. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. num.* 3. & in puncto juris verius eſſe tantum non fatetur Clar. *d. quæſt.* 66. *n.* 5. Cauſam autem prohibitionis hanc ferme habent teſtatores, ne patrimonii ſecreta & æs alienum pandatur, *l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* & ne, ut alibi ajunt Impp. opulentia ad invidiam, aut paupertas ad contemptum publicetur, *l.* 2. *pr. verſ. ſed ubi quarta, C. quand. & quib. quart. pars*, ac creditur pater pro pietate ſua liberis optime proſpectum voluiſſe, *l. nec in ea*, 22. §. *ult. ff. ad l. Jul. de adult.* Solent autem judices huic prohibitioni teſtatoris plerumque acquieſcere, quanquam non præciſe coguntur eam ſequi: nam ſi pupillo ſecus expedire intelligant poterunt nihilominus, & debent tutorem adigere ad ſolemnem inventarii confectionem, per textum aureum in *l. utilitatem*, 10. *ff. de confirm. tut. l.* 5. §. *Julianus*, 7. *ff. de adm. tut. l.* 7. *verſ. nec tamen*, *ff. de ann. leg. & ſimil.* quemadmodum & vice verſa ipſe judex interdum ex juſtiſſima cauſa neceſſitatem conficiendi inventarii tutori remittere poteſt, etiamſi teſtator non prohibuerit inventarium fieri, puta ſi forte non conducat facultates pupilli patefieri *arg. l.* 2. §. *ergo etiam*, 45. *& ſeq. ff. ad Senat. Tertull. l.* 2. *C. de alim. pup. præſt.* vid. Bart. *ad l.* 7. *pr. ff. de adm. tut. num.* 19. Chaſſan. ubi ſupra *num.* 26. Montan. *d. reg.* 5. *num.* 108. Chriſtin. *d. art.* 12. *num.* 7. 8. 9. Tulden. *in C. de admin. tut. num.* 2. Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad leg. ult. C. de arbitr. tut.*

Illud eleganter quæſitum, an prohibita inventarii

Digitized by Google

tarii confectione hoc ipſo cenſeatur teſtator etiam rationum reddendarum neceſſitatem tutori aut curatori remiſiſſe? Affirmant Damhoud. *in patrocin. pupill. cap. 4. num. 15.* Molin. *in conſuet. Pariſ. 1. part. §. 6. gloſſ. 6. num. 12.* Moller. *1. ſemeſtr. 39. num. 6.* & plures *ibid. alleg.* Firmamentum hujus ſententiæ eſt, quia abſque inventario rationes reddi nequeunt, quippe quod illarum caput eſt & fundamentum: atque ut Molinæus poſt Gemi. *in cap. generali, col. 2. de elect. in 6.* ait, ſine inventario non poteſt confici & verificari primum & principale caput libri rationum, quod eſt de receptis: & Damhouderus paria eſſe, remittere rationum reddendarum neceſſitatem, & abſolvere tutorem a confectione inventarii: atque ideo hæc valere *εἰς ἀμφότερα*, cui remiſſæ rationes, is nec inventarium facere tenetur: & quem teſtator a confectione inventarii abſolvit, is nec tenetur reddere rationes. Cæterum verior eſt contraria ſententia, negantium ſcilicet prohibitione inventarii conficiendi neceſſitatem reddendarum rationum tutoribus ſimul remiſſam cenſeri. Longe enim melius eſt & probabilius, ut dicamus prohibitionem iſtam pertinere dumtaxat ad ſolemnem inventarii confectionem, quæ fit interventu publicarum perſonarum, & ita ut exemplar mox magiſtratui exhibendum ſit (quod nos dicimus *ſtaat ende inventaris in handen van de Vveeſmeeſteren leveren.* Grot. *lib. 1. introd. ad juriſp. Bat. cap. 9.*) quæ prohibitio ideo fieri a teſtatore ſolet, ne ſecreta patrimonii ejus evulgentur, ut ante dictum eſt, & ne ſcrupuloſa fiat inquiſitio. Non autem eo, ut tutores non teneantur facere inventarium privatum ac deſcriptionem, qua res omnes & bona pupillorum adhibitis amicis aut cognatis annotent, ac deinde accepta & expenſas in rationes referant. In his enim omnibus ratio prohibitionis a teſtatore factæ ceſſat. Quod ſi ne id quidem voluiſſet teſtator fieri, re ipſa etiam dolum futurum & fraudem teſtator remiſiſſet: quod nec facere debet, nec poteſt, *l. ita autem, 5. §. Julianus, 7. ff. de adm. tut.* Joann. Dilect. *de art. teſt. tit. 7. tutel. 2. num. 3.* Quapropter dicendum eſt etiam hoc caſu, ubi talis prohibitio facta eſt a teſtatore, privatum tamen repertorium & privatam annotationem a tutore fieri oportere: ne ſi poſtea pupillus tutorem dolo & fraude aliquid geſſiſſe dixerit, non habeat pupillus, quo id probet, ac tutor, quo ſe defendat: Poterit autem ſe defendere repertorio & annotatione privata: qualis annotatio etiam juramento confirmari poterit ſi non refutetur manifeſtis probationibus, *arg. l. 2. pr. verſ. ſed ubi quarta pars, C. quand. & quib. quarta pars*, ita Buſius ad *d. l. 7. n. 6. ff. de adm. tut.* Chriſtin. *ad conſuet. Mechlin. d. tit. 19. art. num. 9. & ibi citat.* & hæc vi ipſa etiam Molleri ſententia eſt *loc. ſup. not. num. 8.* & facit huc *l. ſi ſervus, 159. ff. de legat. 1. & l. cum tale, 72. §. quid ergo, 3. ff. de cond. & demonſtr.* Quid quod ne illud quidem concedendum eſt, poſſe patrem teſtamento ſuo cavere, ne tutor, quem liberis ſuis dat, obnoxius ſit reddendis rationibus. Id enim fieret contra jus publicum, & pater de jure non ſibi, ſed pupillis ſuis competituro diſponeret, quod admittendum non eſt, *d. l. 5. §. Julianus, 7. ff. de adm. tut.* D. Præſes Everhard. *conſil. 211. num. 14.* Quod vero ibidem refert caſum, ubi a marito cautum, ne uxor & mater liberis ſuis rationes reddantur reliqua reſtituat, eamque cautionem ait valere, id propriam rationem habet. Nam id cautum fuit pactis antenuptialibus, quibus fructus omnes uxori uſque ad certam ætatem liberorum donati proponebantur, quæ pacta poſtea conſtante matrimonio teſtamento mariti confirmata ſunt, uti bene ibi oſtendit idem D. Præſes. Superioribus non obſtat, quod minor curatori ſuo legare aut per fideicommiſſum relinquere liberationem & remiſſionem reddendarum rationum poteſt, *d. l. 5. §. Julianus, 7. in fin. ff. de admin. tut. l. cum neceſſitatem, 18. C. de fideicomm.* quia qui ita diſponit, de jure ſuo diſponit, non de alieno. Et quidem ſi filius patri tutori aut matri tutrici quondam ſuæ talem reddendarum rationum liberationem legaverit, pinguius id legatum eſt, quam ſi quis ita legaverit perſonæ extraneæ, cujus in curatione eſt, aut fuit, *l. Aurelius, 28. §. Titius teſtamento, 3. ff. de lib. legat.* junct. *l. Aurelio, 20. §. 1. ff. eod.* vide de hujuſmodi liberatione a reddendis rationibus legata Covar. *lib. 2. var. reſol. cap. 14.* Igitur, ut evicimus, quando teſtator prohibet, ne is, quem liberis heredibus ſuis tutorem dat, inventarium conficiat, tantum a ſolemnis inventarii confectione eum liberaſſe intelligitur, non a confectione repertorii privati, aut in totum ab onere reddendarum rationum, cum ne permiſſum quidem hoc patri ſit. Non eadem cauſa eſt heredis, cui teſtator interdicit, ne inventarium faciat, aut confectionem inventarii remittit: nam is nihilo magis defungi poteſt repertorio & deſcriptione privata: ſed non obſtante illa ſive interdictione ſive remiſſione inventarium cum omni ſolemnitate facere tenetur, niſi ſolidum creditoribus hereditariis ſolvere paratus ſit. Ratio eſt, quia nemo quicquam in teſtamento cavere poteſt in præjudicium creditorum ſuorum. Bartol. *in d. l. nemo poteſt, de legat. 1.* Putarem autem poſſe teſtatorem heredi cum pleno effectu remittere confectionem inventarii in præjudicium legatariorum & fideicommiſſariorum, qui non de damno vitando laborant, ut creditores, ſed de lucro certant: non enim par eademque ratio eſt debita ſibi amittere, & lucra non capere, *l. ult. §. 2. in fin. C. de codicill.* Et cum teſtator potuiſſet omnino non legare, quidni & modum legato ponere poſſit? *arg. l. 4. §. 2. ff.*

de in lit. jur. ſicut & ſatiſdationem legati vel fideicommiſſi nomine remittere poteſt *l. pen. C. ut in poſſ. leg.* quod eſt notatu dignum; & ita eſt in Adverſatiis practicis Hobergetii, vulgo *Papegaay-boek*.

CAPUT XVII.

Utrum imperfectæ parentum in liberos diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero tantum ut voluntas ultima inteſtati?

DISPOSITIONES teſtamentariæ bifariam imperfectæ dicuntur, uno modo ratione ſolemnitatum, puta ſi pauciores, quam ſeptem teſtes intervenerint, aut ſi teſtes non ſignaverint ſubſcripſerintve, vel quid aliud, quod ad ſolemnitatem ordinationis pertinet, omiſſum fuerit, *l. ſi unus*, 12. *l. hac conſultiſſima*, 21. *in fin. pr. & §. 1. C. de teſtam.* altero modo ratione voluntatis, veluti ſi cum plures ordinare teſtator vellet, morte interceptus, aut furore correptus ſit, aut obmutuerit ſive vox eum defecerit, *l. ſi is qui*, 25. *ff. qui teſt. l. furioſum*, 9. *C. eod. §. pen. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* Sive autem ob aliquem ſolemnitatis ſive ob voluntatis defectum teſtamentum imperfectum ſit, conſtat tale teſtamentum inutile eſſe, ac ne jure quidem voluntatis inteſtati defendi. Sed hoc ita obtinet jure communi. Jure autem ſingulari placuit parentum teſtamenta, licet imperfecta ſint, valere inter liberos, *l. hac conſultiſſima*, 21. *§. 1. & auth. ſeq. C. de teſtam.* Cujus juris ratio hæc eſt, quod in parentibus ceſſat omnis fraudis & inductionis ſuſpicio, atque ut illi optime ſciunt, quid liberis eorumque ſingulis debeatur, ita etiam ex conjectura pietatis præſumi debent, bene prudenterque in ſingulorum perſona diſpoſuiſſe. Et quidem certi juris eſt, valere inter liberos teſtamentum parentis, quod imperfectum eſt propter omiſſionem requiſitarum alias ſolemnitatum. Sed quod imperfectum eſt ratione diſpoſitionis & voluntatis, ex communi interpretum ſententia nec inter liberos valet. Clarus *§. teſtament. quæſt.* 9. poſt Bartol. & alios in *d. l.* 21. *§. 1. C. de teſtam.* Gail. *lib. 1. obſerv.* 112. *num.* 14. quam ſententiam & Cujacius probat in *l. ſi is qui*, 25. *ff. qui teſtam. fac.* eo quod hic vitio aliquo heredum interrumpitur inſtitutio, & Fac. *argum. in l. Lucius Titius*, 40. *pr. ff. de teſtament. mil.* Quod autem de cœpto teſtamento & nondum impleto dicitur in *l. ult. pr. C. famil. erciſc.* ad ſolemnitates referunt: nempe ſi pater ſolemne teſtamentum condere voluerit & cœperit, licet ſolemnia poſtea adhibita non ſint, nihilominus voluntatem ſuſtineri. Bartol. *in d. l. ſi is qui*. Salic. *in d. l. ult.* poſt Gloſſ. *ibid.* Atque ita ipſe Conſtantinus verba ſua in *pr. d. l. ult.* poſita poſtea interpretatur, *etiamſi*, inquiens, *ſolemnitate legum hujuſmodi diſpoſitio fuerit deſtituta*. Non eſt tamen ſine ratione, quod Coſtalius in *l. ſi filia*, 20. *§. ſi pater*, 3. *ff. fam. erciſc.* communem ſententiam ſic temperat, ut ſi pater omnia inter liberos diviſit, illa diviſio rata habenda ſit, quamvis forte de nonnullis aliis rebus loqui volens, aut quædam legare, morbo oppreſſus ſit, *argum. dict. leg. ſi filia*, §. 3. Quod nec Diod. Tuldeno ad *Cod. de teſtament. num.* 3. diſplicet: ſed hoc in medio relinquimus. Extra controverſiam igitur poſitum eſt, teſtamentum parentum inter liberos valere, etſi in eo ſolemnitates jure communi requiſitæ obſervatæ non fuerint. De eo autem non convenit, utrum talis parentum diſpoſitio valeat jure teſtamenti, an vero dumtaxat ſuſtinetur, ultima voluntas inteſtati? Prius aſſerunt Caſtrenſ. Alexand. Jaſ. in *dict. leg. hac conſultiſſima*, 21. *§. 1. Cod. de teſtament.* quos ſequitur Gilken. *ibidem num.* 9. Bachov. *ad Treutl. diſput. de teſtament. theſ. 6. litt. H.* & Doctorum communiter poſterius Anton. Fab. *decis.* 35. *err.* 2. Schiford. *lib. 2. tract.* 11. fere per totum Fachin. 4. *contr.* 4. allegans Gloſſam in *dict. leg. hac conſultiſſima*, §. 1. quæ tamen ibi nihil tale affirmat: ſed aperte contrarium tenet in *leg. filii*, 16. *Cod. fam. erciſc.* Haud facile quid hic ſtatuendum ſit, judicare poterimus, niſi prius conſtitutiones omnes, quæ circa hanc rem ſcriptæ, evolverimus. Sunt autem in hanc rem conſtitutiones complures. Prima eſt Diocletiani Maximiani in *leg. filii*, 16. *Cod. fam. erciſc.* ubi jubent Imperatores, etiamſi judicium patris tam circa teſtamentum, quam circa codicillos deficiat, ſi tamen quibuſcumque verbis voluntas ejus declarata ſit, arbitrum familiæ erciſcundæ voluntatem patris ſequi, licet ei ab inteſtato ſuccedatur. Secunda eſt Conſtantini in *l. ult. Cod. eod. tit.* in eandem ſententiam. Sed Conſtantinus idem conſtituit, etiamſi liberi non ſint in poteſtate, ſed emancipati; & licet non verbis, ſed quibuſcumque indiciis aut ſignis voluntatem ſuam pater declaraverit. Tertia eſt Theodoſii in *d. l. hac conſultiſſima*, *§. ex imperfecto*, 1. *Cod. de teſtam.* qui jus hoc ſingulare parentum auxit, & ad matrem quoque produxit, atque ad aſcendentes utriuſque ſexus, *ἀνιόντας ἑκατέρας φύσεως*, ut hæc etiam a Juſtiniano memorantur in *præfat. Novell.* 107. Quarta eſt Juſtiniani in *Novell.* 18. *cap.* 7. unde *auth. ſi modo*. *Cod. famil. erciſcund.* quæ pertinet ad diviſionem factam per ſcripturam extra teſtamentum & codicillos puta per epiſtolam: cui ſcripturæ, ut rata ac firma ſit, Imperator vult ſubjici vel ipſius parentis, vel liberorum omnium, inter quos partitio ſit, ſubſcriptionem. Quinta & ultima eſt ejuſdem Principis in *Novell.* 107. *cap.* 1. *&* 2.

& 2. unde ſumptæ ſunt duæ authenticæ, quæ ab Irnerio Codici inſertæ ſunt in *diſt. leg. hac conſultiſſima*, *auth. quod ſine*, & *auth. hoc inter*, ubi certam formam hujuſmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus Juſtinianus præſcribit, & prioris Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno atque altero caſu corrigit. Primum cavet, ne qualiſcunque ſcripta diſpoſitio inter liberos valeat, ſed ea duntaxat, quæ ſit ὁλογράμμασι ſcripta plenis literis ſine ſignis aut abbreviaturis, & ſcripta aut ſubſcripta a parente, & denique quæ exprimat tempus, nomina liberorum, & uncias, ex quibus heredes inſtituuntur. Deinde quod ad extraneos attinet, quos Conſtantinus & Theodoſius plane excluſerant, iis legata & fideicommiſſa relinqui permittit: quo tamen caſu noluit ſufficere ſcripturam, niſi teſtes intervenerint, *diſt. cap.* 1. *verſ. ſi tamen uxori*, quod ab Irnerio omiſſum in *diſt. auth. quod ſine*. Jam ut ad quæſtionem propoſitam revertamur, puto eos recte ſentire, qui imperfectam inter liberos parentum diſpoſitionem, valere exiſtimant jure teſtamenti, non autem tantum, & voluntatem inteſtati: utique ſi ponamus in tali diſpoſitione liberos etiam heredes inſtitutos eſſe, quia ſine heredis inſtitutione teſtamentum intelligi non poteſt, *argum. diſt. leg. hac conſultiſſima*, 21. §. 1. *Cod. de teſtam. & diſt. Novell.* 107. *cap.* 1. ubi talis parentum diſpoſitio, teſtamentum, διατύπωσις, διάθεσις, & parentes ita diſponentes διατιθέμενοι, teſtatores appellantur, atque in eo teſtamento heredes recte inſtituuntur. Omnis autem ſcriptura, qua heres recte inſtituitur, teſtamentum eſt. Nec obſtat, quod dicatur teſtamentum imperfectum: nam & teſtamentum militis imperfectum dicitur, *leg.* 2. *ff. de injuſto rupt. teſtam.* ex quo tamen æque atque ex perfecto & ſolemni ſucceditur. Teſtamentum autem imperfectum factum a parente inter liberos & ipſum non minus ex privilegio valet, quam militum. Sed & ruſticanorum teſtamenta ſæpe imperfecta ſunt ratione numeri teſtium & ſubſcriptionis, quæ tamen ex privilegio vim cujuſque perfecti teſtamenti habent, *leg. ultim. Cod. de teſtament.* Quæ omnia argumento ſunt, non eo minus ex teſtamento jure ſpeciali legibus ſolemnitatum ſoluto ſuccedi, quod imperfectum dicatur comparatum cum teſtamento ſolemni. Hoc idem & ex eo evincitur, quod in tali teſtamento & liberis prælegata, & ex conſtitutione Juſtiniani extraneis non modo fideicommiſſa, verum & legata relinqui poſſunt *diſt. auth. quod ſine*, quæ tamen non niſi ex teſtamento valent, §. *præterea*, *Inſtit. de fideicommiſſ. hered.* Fortiſſimum autem hujus rei argumentum eſt, quod hujuſmodi teſtamentum parentis non rumpatur niſi alio teſtamento omnibus modis perfecto: immo niſi & poſterius perfectum fuerit, & parens ſimul teſtatus ſit ſe prius revocare, *diſt. Auth. hoc inter*, de quo vid. Clar. *diſt.* §. *quæſt.* 98. Graſſ. §. *Teſtament. quæſt.* 86. Boer. *deciſ.* 240. Coren. *deciſ.* 39. *ſuprem. Cur. Holland.* Denique quod nimis abſurdum eſt, alias ſequeretur patrem jure privilegiario non niſi codicillos inter liberos facere poſſe. Cæterum multa huic ſententiæ obſtare videntur. Primum quod ex ratione juris non videatur poſſe pro teſtamento haberi illa diſpoſitio, quæ teſtium adminiculo non indiget: at ſola ſcriptura quam patris eſſe conſtat, etiam ſine ullo teſte hic ſufficit ex communi & vera opinione, Gail. 2. *obſerv.* 112. Sed hoc leve eſt: nam teſtamentum non ex eo dicitur, quod coram teſtibus fiat, ſed quod ſit mentis & voluntatis noſtræ ultima teſtatio. Exploſione profecto dignus eſſet qui ſic argumentaretur, non eſt neceſſe, ut in teſtamento militis per ſcripturam teſtantis ulli teſtes adhibeantur, ergo talis diſpoſitio militis non videtur eſſe teſtamentum. Secundo objicit Anton. Faber, quod in hujuſmodi imperfecto teſtamento non poſſunt liberi exheredari. Sed nuſquam hoc ſcriptum eſt, & communis opinio eſt in contrarium teſte Claro *diſt.* §. *teſtamentum*, *quæſt.* 13. Demus tamen eſſe verum, non poſſe ſcilicet liberos in tali teſtamento exheredari, quod & Curia Hollandiæ non ita pridem judicaſſe dicitur, quid tum poſtea? In exheredatione apud nos requiritur, ut teſtes ſint Scabini, an ideo diſpoſitiones, quæ vulgo fiunt apud Notarium coram duobus aut tribus teſtibus non Scabinis, non valebunt, ut teſtamenta? Tertio huic ſententiæ objicitur *lex*, *hac conſultiſſima*, 21. §. *ſi quis autem*, 3. *Cod.* de *teſtament.* ubi ſi cum in priore teſtamento perfecto ſcripti ſunt extranei, in poſteriore autem imperfecto, qui ab inteſtato venire poſſunt, dummodo non minus quam quinque teſtes intervenerint, placet quidem infirmato priore teſtamento poſteriorem hanc ſcripturam valere, non tamen tamquam teſtamentum, ſed tantum tamquam ultimam voluntatem inteſtati. Reſpondemus nullam ex hoc loco ad parentes, quorum jus longe plenius eſt, quam agnatorum, illationem fieri poſſe. Immo ex contrario, cum in caſu *diſt.* §. *ſi quis autem*. Theodoſius expreſſe ſanciat, ut poſterior imperfecta ſcriptura non quaſi teſtamentum, ſed tantum quaſi voluntas ultima inteſtati valeat, recte colligas, voluiſſe eum imperfectam parentum voluntatem, de qua agit in *diſt. leg.* 21. §. 1. valere quaſi teſtamentum, quoniam eam valere & tenere vult abſolute & ſimpliciter. Poſtremo objiciuntur conſtitutiones duæ. Prima eſt Diocletiani & Maximiani in *leg. filii*, 16. *Cod. fam. erciſc.* cujus hæc eſt ſententia. Si pater neque teſtamentum fecit, neque codicillos, aut fecit quidem, ſed in iis

Vinn. Tract. Varii.

lis judicium ſuum circa rerum diviſionem deficiat: ſi tamen quibuſcumque verbis voluntatem ſuam declaraverit, quoad bonorum inter liberos diviſionem, hanc patris voluntatem, licet ab inteſtato ei ſuccedatur, judicem familiæ erciſcundæ ſequi oportere. Sic enim verba, *ſi tam circa teſtamentum, quam codicillos judicium ejus deficiat*, accipienda ſunt, non ut cum Gloſſa & pleriſque aliis ea accipit Gothofredus, quaſi ſcriptum eſſet, ſi ſolemnitates in teſtamento aut codicillis requiſitas pater non obſervavit. Nam codicilli nullam ſolemnitatem deſiderant, *l. 6. §. 1. ff. de jur. codicill. §. ult. Inſt. eodem*, & demum longe poſt tempora Diocletiani aliqua deſiderari cœpit a Theodoſio, *l. ult. §. ult. C. eod.* nec tam voluntas aut judicium deficiente aliqua ſolemnitate, quam jus deficit. Nempe igitur agunt illic Imperatores de diviſione hereditatis obventuræ inter liberos facta a parente inteſtato vel extra teſtamentum, quod ſæpe & convenienter juris auctoritate fieri ſolebat, *l. ſi filia*, 20. §. *ſi pater*, 3. *ff. fam. erciſc. l. parentibus*, 8. *C. de Inoffic. teſtam.* ut nihil novi illic ab Imperatoribus inducatur: quod etiam poſtrema conſtitutionis verba oſtendunt, dum ajunt hoc ipſum, quod conſtituunt, etiam juris auctoritate ſignificari, optime Gudelinus *l. 2. de jur. nov. cap. 4. circa fin.* Nihil igitur eſt in ea conſtitutione, quod noſtræ & communi ſententiæ obſtet: non illa verba: *licet ab inteſtato ei fuerit ſucceſſum*, quæ Fachinæus & Ant. Faber urgent. Tunc enim patri ab inteſtato ſucceditur, cum teſtamentum non fecit, licet fecerit codicillos. Altera conſtitutio, quæ objicitur, eſt illa Conſtantini in *l. ult. C. fam. erciſc.* ex qua conſtitutione etiam eo caſu, quo pater inter liberos teſtatus eſt, ſed diſpoſitione imperfecta, qui caſus in principio ponitur, non aliter quam ab inteſtato ſuccedi videtur, arg. verb. *licet ab inteſtato ad ſucceſſionem liberi vocentur*, & quia hic etiam paterna illa diſpoſitio non vi propria, ſed externa, nempe officio arbitri familiæ erciſcundæ ſuſtinetur. Reſpondent plerique cum Accurſio verba illa, *licet ab inteſtato*, &c. referenda eſſe ad caſum, quo pater aut codicillos tantum fecit, aut per epiſtolam, vel quibuſcumque verbis indiciiſve voluntatem ſuam ſignificavit. Et quidem eo commode referri poſſent, ſi ipſo jure aut vi paternæ diſpoſitionis voluntas patris effectum ſortiretur; ſed quia non niſi ope Judicis familiæ erciſcundæ voluntas patris exitum habere poteſt, quod eſt argumentum eam voluntatem non valere ipſo jure, *l. 2. C. de inoff. donat.* melius eſt, ut dicamus jus parentum procedente tempore auctum eſſe primum conſtitutione Theodoſii, *d. l. hac conſultiſſima*, §. *ex imperfecto*, *C. de teſt.* deinde & quidem maxime conſtitutione Juſtiniani *Nov. 107. cap. 1.* quibus diſerte cavetur, ut voluntas parentum liberos ſuos imperfecto teſtamento inſtituentium teneat ac rata ſit ſimpliciter, ac proinde ipſo jure ſine ullo adminiculo externo. Ex his, ut opinor, occurri poterit & cæteris, quæ forte huic ſententiæ ab aliis objiciuntur.

CAPUT XVIII.

An verbis nuncupata parentum imperfecta diſpoſitio inter liberos ex privilegio valeat?

NON ignobilis quæſtio eſt, an ut ſcripta, ita etiam nuncupata parentum imperfecta voluntas, coram duobus vel tribus teſtibus, aut paucioribus utique, quam ſeptem jure ſingulari valeat & tenere debeat? Negat id Martinus antiquus gloſſator, cujus ſententiam ex veteribus ſecuti Fulgoſius & Salicetus in *auth. quod ſine*, *C. de teſtam.* Cæteri vero interpretes tam veteres, quam recentiores in contrarium iverunt, uno fere Antonio Fabro excepto, qui Martini cauſam a cæteris, quos ille pragmaticos nomine minus honorifico, appellat, deſertam rurſus ſuſcepit, atque acriter ſpecioſis argumentis defendit, *diſc. 35. err. 4. & deciſ. 36. err. 9.* Sed videamus, an tam abſona, ut Faber putat, a ratione juris conſtituti, omnique legum auctoritate deſtituta ſit illa interpretum communis ſententia, affirmantium etiam nuncupativam, licet imperfectam, parentum inter liberos diſpoſitionem ſubſiſtere. Unum autem in effectu argumentum eſt, quo Faber hanc ſententiam oppugnat, nempe quod, ut ille ait, leges omnes & conſtitutiones, quæ circa parentum diſpoſitiones non ſolemnes promulgatæ ſunt, tantum loquantur de ſcriptis parentum voluntatibus, *l. ult. C. fam. erciſc. l. hac conſultiſſima*, 21. §. *ex imperfecto*, *C. de teſtam. Nov. 107. cap. 1.* unde ſumpta *auth. quod ſine*, *C. dict. tit.* Quod attinet ad illam novellam Juſtiniani conſtitutionem, fateor verum eſſe, quod dicit: neque enim forma, quæ illic præſcribitur, convenit voluntati *ἀγράφῳ*, ſed cur de non alia quam ſcripta parentum voluntate ibi agat Juſtinianus, poſtea intelligetur. Sed & forte etiam Theodoſius in *d. §. ex imperfecto*, per teſtamentum imperfectum non aliud intellexit, quam quod per ſcripturam factum eſt, quoniam non de aliis, quam de ſcriptis teſtamentis in principio conſtitutionis locutus fuit: quamquam hujuſmodi collectiones præſertim in reſcriptis Principum non ſunt neceſſariæ: atque ut id quod dicitur in *d. §. ex imperfecto*, aliorum teſtamenta imperfecta non tenere, generaliter verum eſt, ſive ſcripta ſint ſive nuncupativa, ita etiam generaliter accipi poteſt & debet; ſic ex contrario, quod dicitur imperfecta parentum teſtamenta valere inter liberos, etiam generaliter, & ſine exceptione intelligi poteſt.

Digitized by Google

poteſt. Et forte ideo Theodoſius poſtea, cum de teſtamentis nuncupativis tractat, nullam ſubjicit exceptionem. Sed neque ex *l. ult. C. fam. erciſc.* quæ Conſtantini eſt, conſtans & firmum argumentum pro Martini ſententia deduci poteſt. Etenim ex eo, quod Conſtantinus meminit epiſtolæ & cujuſcumque ſcripturæ, minime ſequitur voluntatem parentum ſine ſcriptura verbis apud teſtes declaratam ratam non eſſe. Prius enim & teſtamenti meminit & codicillorum, quæ utique & ſine ſcriptura fieri poſſunt. Neque illa Conſtantini verba, *ſive quocumque alio modo ſcripturæ, &c.* reſpiciunt totum antecedens, ſed proximum dumtaxat, & illa, *ſeu epiſtola parentis*, &c. ut hic ſit ſenſus, ſive non teſtamentum aut codicilli, ſed tantum epiſtola parentis relicta inveniatur, ſive quodlibet aliud ſcriptum, quo vel verbis, vel quibuſcumque indiciis voluntas parentis ſignificetur. Et utique non eſt veriſimile eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocumque ſcripto & quibuſcumque indiciis declaratam, nolle ſervari voluntatem patris verbis coram teſtibus nuncupatam, licet paucioribus quam ſeptem; & qui etiam ænigmata & tales conjecturas admittat, *ὡς ἐμαντείων μᾶλλον, ἢ ἑρμηνείων ταῦτα προσδεῖσθαι*, ut Juſtinianus loquitur in *d. præfat.* eum manifeſta velle rejicere. Poſtquam ſatis ſibi probaſſe viſus eſt Antonius Faber, ex ſolo teſtamento imperfecto, quod per ſcripturam a parente factum eſt, voluntatem inter liberos cuſtodiri, non autem ex eo, quod factum eſt per nuncupationem, hujus diverſi juris etiam rationem afferendam putavit: & nempe hanc attulit, ut omnis falſi comminiſcendi ratio præripiatur: multa enim eſſe in jure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita, quaſi ſemper minus ſuſpecta ſit probatio, quæ fit per qualemcumque ſcripturam, quam quæ per teſtes, licet omni exceptione majores: quod minime ei concedendum eſt, *l. in exercendis*, 15. *C. de fid. inſtrum.* & conſtat quam fallax ſit probatio per comparationem literarum, *l. comparatione*, 20. *C. eod.* quam facilis alienæ manus imitatio, & maxime ſi ſcriptor uſus ſit notis quibuſdam aut ſignis, qualis tamen parentum ſcriptura ex lege Conſtantini inter liberos rata eſt.

Denique ſi vera eſt illa Antonii Fabri ratio, cur æque in teſtamento ſcripto teſtes jure communi requiruntur, & non pauciores, quam in nuncupativo? Verum quidem eſt, nullorum magis intereſſe, quam ipſorum parentum, ne falſum pro vero eorum judicio ſubjiciatur: ſed male inde colligit Faber, ex eo eſſe, quod ſcripto eorum judicio *ἀμαρτύρῳ* plus tribuatur, quam nuncupato coram teſtibus. Quin ex eo ipſo loco, quem Faber allegat, contrarium apparet, nempe ex *l. Divus*, 24. *ff. de teſtam. milit.* ubi militibus non minus conceditur heredem nuncupare citra ſolemnitatem, dummodo teſtes aliquot adhibeant, quam ſcribere nullo teſte adhibito, quamvis non aliorum magis, quam ipſorum quibus id privilegium datum eſt, intereſſe dicatur, ne quilibet militis ſermo pro vero ejus judicio capiatur. Unum præcipue eſt, quod hic nobis objici poſſit, nempe quod nullum adhuc locum protulimus, ubi expreſſe non minus qualiſcumque nuncupata parentum voluntas, quam ſcripta, inter liberos cuſtodiri jubetur. Ecce igitur ubi etiam textum in hanc rem expreſſum in *l. filii*, 16. *C. fam. erciſc.* ubi Diocletianus & Maximianus diſerte jubent judicem familiæ erciſcundæ voluntatem patris quibuſcunque verbis, etiam extra teſtamentum aut codicillos declaratam ſequi: ac proinde non modo ſcriptam, verum etiam lingua nuncupatam. Inſequentes autem Principes jus parentum non imminuerunt, ſed auxerunt, excepto eo, quod Juſtinianus voluit, cum per ſcripturam parentes teſtantur, voluntatem eorum ſcribi *διʼ ὅλων γραμμάτων*, ut ipſe loquitur in *dict. Nov.* 107. *cap.* 1. *ἐν τοῖς συμβόλοις τῶν ἀριθμῶν*, quod Conſtantinus permiſerat. Atque hinc illud etiam apparet, eſſe in objectione Antonii Fabri inſufficientem partium ſeu legum enumerationem. Jam quod attinet *d. Nov.* 107. facile ex præfatione, qua utitur Juſtinianus, colligitur; eam ſolum accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari volunt. Nam diſerte illic profitetur, ſe in veteribus legibus, quæ ſunt de imperfecto parentum teſtamento, illud reprehendere, quod ſcripturas quaſvis admiſerint, etiam in quibus voluntas teſtatoris manifeſta non eſt, *μὴ ἐναργὴς ἢ ἀσαφὴς* quæ tantum *τεκμηρίοις* conjecturis quibuſdam & indiciis nitatur, notans præcipue conſtitutionem illam Conſtantini in *d. l. ult. C. fam. erciſc.* & talem ſcripturam *διὰ τὸ ἀσαφὲς*, propter incertum voluntatis improbans. Cum autem in ſcriptura ſolum hæc *ἀσάφεια* metuatur, ubi res notis ſcribi poſſunt, verba truncata eſſe, res partim a teſtatore ſcripta, partim ab alio, ad ſcripturam etiam ſolum conſtitutionem ſuam retulit Juſtinianus. In teſtamento vero nuncupativo nihil mutavit, cum nihil tale metuendum ſciret, ubi nullæ ſunt notæ, unus tantum loquitur, non duo, ubi non proferuntur verba dimidiata, ſed plena voluntas pronuntiatur. Hæc ſententia ut eſt communis, ita & certo jure ubique in praxi & foro recepta. Vide Clar. *§. teſtamentum*, *quæſt.* 1. Graff. *eod. quæſt.* 16. Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 17. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 7. quod & ipſe Antonius Faber ultro fatetur.

Digitized by Google

CAPUT XIX.

An teſtamentum juxta ſtatuta aut mores alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum, ubi major requiritur ordinationis ſolemnitas?

TESTATOR ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & notario teſtari licet, ut in hac noſtra Batavia. Quæritur an tale teſtamentum valeat etiam in iis locis, ubi major deſideratur ſolemnitas, & verbi cauſa teſtes ſeptem, ut in Friſia, ubi ſequuntur jus civile Romanorum. Affirmant DD. comm. *in l. 1. C. de ſumm. Trinit.* Vivius 1. *opin.* 36. & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſime judicatum. Guid. Pap. *deciſ.* 262. Teſſaur. 2. *quæſt. for.* 8. Mynſing. 5. *obſ.* 19. *&* 20. Gail. 2. *obſ.* 123. Jo: a Sande *lib.* 4. *rer. jud.* t. 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eunt, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis ſententia: at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt quippe res mobiles, quoniam ubicumque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuuſque ſitus eſt, regi ſecundum conſtitutiones loci cujuſque poſſeſſionis, *arg. l. ult. ff. de juriſd. l. ex. ea. 9. ff. de poſtul. l. 4. C. de jur. fiſc.* ita Maſuer. *in ſua prax. t. de ſucceſ.* Nicol. Burgund. *ad conſuet. Flandr. tract.* 6. Chriſtin. *vol. 2. dec. 3. & ſeq.* Buſ. *ad l. 6. ff. de evict.* Diod. Tuld. *in breviar. ad C. t. teſtam. num.* 5. Mihi prior ſententia probabilior videtur, & errare poſteriorem ſequentes in eo, quod exiſtimant etiam eas teſtamentorum leges, quæ ad ſolemnitatem ordinationis pertinent, afficere rem ipſam, de qua diſponitur: in quo aperte falluntur; cum utique multum interſit inter formam ſeu ritum diſponendi, & rem ipſam, quæ ſubjectum eſt diſpoſitionis, ſeu id, de quo fit diſpoſitio. Omnino enim in univerſum plurimum refert, utrum ſtatutum quid conſtituat circa actus alicujus ſolemnitatem an circa rem, puta fundum, locumve. Quæ ſtatuta in rem concipiuntur, rem ipſam haud dubie afficiunt, ut ubicumque ſit, ejus loci, ubi eſt, legibus obſtringatur. Qualia ſunt, quæ de ſucceſſionibus ab inteſtato diſponunt. Schurff. *cent.* 1. *conſil. 6. num. 1. &* 2. Gail. 2. *obſ.* 124. *num. 4. & ſeqq.* Sic apud nos, licet quantum ad res mobiles ſervetur jus ſucceſſionis, quod obtinet in loco domicilii defuncti; in rebus tamen ſoli cuſtoditur jus ejus loci, ubi ſitæ ſunt. Grot. *lib. 2. introduct. 26. in fin.* Eodemque jure cenſenda ſunt & ſtatuta, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. Ponamus legibus aut moribus alicujus regionis filiisfam. permiſſum eſſe de bonis maternis cæteriſque adventitiis teſtamentum condere, ut in pleriſque locis Belgii. Leonin. *lib. 6. emend. cap. 3. in fin.* Perez. *ad t. C. qui teſtam. fac. num.* 9. Hoc teſtamentum non valebit iis in locis; ubi filiusfam. jus faciendi teſtamenti non habet, ſicut in Friſia, ubi etiam nunc obtinet jus civile. Sande *d. lib. 4. defin.* 1. add. Gail. *d. lib. 2. obſ.* 124. Gomez. *ad l. 3. Tauri, n.* 20. Quibus autem ſtatutis aliquid cavetur, quod ad actus ſolemnitatem dumtaxat pertineat; cum ea neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed formam ſolummodo actus, qui fit in loco ſtatuti aut conſuetudinis, rationi & juri magis conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita: quoniam cum actuum ſolemnia ad eorum ſpectent juriſdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 9. ff. de evict. l. 3. in fin. ff. de teſtib. l. 2. C. quemad. teſt. aper. l. 9. l. ult. C. de teſt.* conſequens eſt, ut actus ſecundum jus & conſuetudinem loci recte & legitime perfectus ubique vigorem ſuum obtineat, & ejus juris, cui perſona teſtatoris ſubjecta eſt, potius ratio habeatur, quam loci bonorum, quæ illius ſunt acceſſio. Ac videtur teſtamentum in hoc ſapere naturam contractus. Utique hoc poſito, quod nemo negat, teſtamentum valere rationis eſt, ut ex eo quoque univerſa bona heres conſequatur, cum titulus ex teſtamento ſit univerſalis & individuus. Et alias contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, cum ex contrario teſtamentum unius tantum unum eſſe poſſit: aut quod abſurdum eſt, unum idemque teſtamentum diverſo ſolemnitatum jure inſtruendum eſſet, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundum diverſorum locorum placita aut mores dijudicare oporteret. Peck *de teſtam. conjug. lib. 4. cap. 20. in fin.* Sande *defin.* 14. ubi etiam prudenter temperat novam diſtinctionem Fachinæi circa advenam in aliquo loco teſtantem ſecundum conſuetudinem illius loci. Ad ea, quæ objiciuntur, facilis reſponſio eſt. Quale eſt illud, quod cum ſtatuta ſint localia, ibi ceſſat juriſdictio ſtatuentium, ibi & ceſſare debeat ſtatuti diſpoſitio, juxta vulgatum illud, extra territorium jus dicens nihil agit, *l. ult. ff. de juriſd.* Negamus enim eos, qui circa actus teſtamentarii ſolemnitatem aliquid ſtatuunt, obſervandum in territorio ſuo, etiamſi ille actus ita celebratus alibi quoque valere debeat, dici poſſe propterea jus dixiſſe aut ſtatuiſſe extra territorium. Contractus & cæteros actus celebratos in loco ſtatuti ſecundum formam a ſtatuentibus præſcriptam, ubique vim habere conſtat: nemo tamen eſt, qui ex eo colligit, tale ſtatutum egredi juriſdictionem ſtatuentium: quia quod alibi quoque hujuſmodi actus valeant, non niſi ex conſe-

quentia

quentia quadam fit, non autem directo vi ipſius ſtatuti, quod tantum diſponit de eo quod ad juriſdictionem ſtatuentium pertinet. Et hoc eſt, quod Salicetus in *l. 1. C. de ſumm. Trinit.* ait, ſtatutum concernens ſolemnia teſtamenti non diſponere de bonis principaliter, ſed tantum ſuſſiare ſpiritum in teſtamentum illud validando. Ex eo autem, quod a Papiniano in *l. 9. ff. de poſtul.* reſponſum eſt, eum, qui prohibitus eſt, pro alio poſtulare ex cauſa, quæ infamiam non irrogat, in ea tantum provincia pro aliis poſtulare non poſſe in qua præſes fuit, qui ſententiam dixit, in alia vero poſſe, quid argumenti magis contra, quam pro communi ſententia elici poſſit, ego non video: ſicut nec ex eo, quod conſtituitur in *l. 4. C. de jur. fiſc.* ut prædia τῶν μετοίκων in fiſcum redigantur, quæ habebant prius quam demigrarent, nec ante ab eis diſtracta ſunt; niſi ſpecialiter id eis Princeps conceſſerit, ut ea ſibi poſſent retinere: ut tamen non arceantur a ſucceſſione parentum, quos in ea civitate, unde migrarunt, reliquerunt. Quid enim, quæſo, hæc ſpecies commune habet cum illa noſtra initio propoſita? Plane ſi lex expreſſe jubeat teſtatores ſequi ejus loci jus, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Chriſtinæus & Tuldenus ubi ſupra. Perez. *in C. de teſtam. num. 21.*

CAPUT XX.

An liberis ſuis heredibus præteritis a patre totum teſtamentum ſit ipſo jure nullum etiam hodie poſt Nov. 115. cap. 3.

INTERPRETES vulgo ex eo, quod *auth. ex cauſa, C. de lib. præter.* generaliter & indiſtincte ab Irnerio concepta eſt hoc modo: *Ex cauſa exheredationis vel præteritionis irritum eſt teſtamentum, quantum ad inſtitutiones: cætera namque firma permanent:* colligunt id jus quoque pertinere ad præteritionem paternam, ut quamvis tale teſtamentum ab initio nullum ſit etiam jure noviſſimo, tamen hoc jure duntaxat nullum eſſe, quoad inſtitutionem, non quoad cætera capita, puta legata, fideicommiſſa, &c. atque hactenus etiam in propoſito jus vetus relatum in *l. 1. l. filio præterito, 17. ff. de injuſt. rupt. teſt.* mutatum eſſe. Bart. *in d. auth. n. 3.* Covar. *in cap. Rainutius, ext. de teſt. §. 6. n. 3. & ſeqq.* Clar. *§. teſtamentum, q. 52.* Graſſ. *in d. legatum q. 67. n. 2.* Gail. *2. obſ. 113.* Fachin. *6. cont. 77.* Bronch. *cent. 3. aſſert. 29.* uſque adeo, ut contendant irrito facto teſtamento, ſic enim loquuntur, ex cauſa præteritionis paternæ, legata & fideicommiſſa actione ex teſtamento peti poſſe, quaſi etiam iſte teſtamentum jure noviſſimo valeat pro his, quæ in eo relicta ſunt. Gail. *d. obſ. 113. in fin.* Donell. *in d. auth. ex cauſa n. 12.* Duar. *ad tit. de injuſt. rupt. irrit. teſt. cap. 2.* Fachin. *4. contr. 10.* Sed quantum ego judicare poſſum, omnino male & perperam. Nam, ut hoc primum dicam, non bene Irnerius *d. auth. ex cauſa*, his verbis concepit: *Ex cauſa exheredationis aut præteritionis irritum eſt teſtamentum*, &c. cum dicere debuerit, teſtamentum irritum conſtituitur, aut evertitur. Hoc ex eo apparet, quod Juſtinianus in tota illa ſua conſtitutione *Nov. 115. cap. 3. & 4.* unde decerpta eſt *d. auth. ex cauſa*, tantum agat de teſtamentis, quæ ipſo jure valent, & ex quibus adiri poteſt hereditas; ſed quæ poſtea propter iniquam exheredationem vel præteritionem judicio de inofficioſo reſcindi poſſunt; non de iis, quæ ab initio nulla ſunt. Utitur enim Imperator his verbis, eaque ingeminat ἀκυροῦσθαι, irritum conſtitui, ἀνατρέπεσθαι ſubverti, reſcindi: quæ de iis tantum prædicantur, quæ ab initio conſtiterunt. Quippe irrita fieri aut rumpi ea demum dici poſſunt, quæ cum antea conſtarent, everſa ſunt. Privationem enim ſignificant: privatio autem, ut in ſcholis loquuntur, præſupponit habitum. Quæ autem nunquam conſtiterunt, ſive quæ ab initio non jure facta ſunt, irrita quidem eſſe recte dicimus, at non irrita conſtitui aut fieri: in quam rem a noſtris allegatur *l. 5. ff. de injuſt. rupt. teſtam. §. hoc autem, 5. Inſtit. quib. mod. teſt. infirm.* Cum itaque Juſtinianus non dicat, τῆς διαθήκης μηδ᾽ ὅλως οὔσης, teſtamento non ſubſiſtente, ſed τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, teſtamento infirmato, aut irrito reddito, *cap. 3. in fin. d. Nov. 115.* ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, ſubverſo teſtamento, *cap. 4. §. εἰς τὰ τοιαῦτα.* Non debuit Irnerius dicere ex cauſa exheredationis aut præteritionis irritum eſſe teſtamentum, ſed irritum conſtitui, aut reſcindi. Sed etſi verba conſtitutionis deficerent, multa tamen alia, quæ eadem conſtitutione caventur, verum eſſe arguunt, quod dicimus Juſtinianum de iis ſolummodo teſtamentis agere, quæ ipſo jure conſiſtunt, & ex quibus adiri poſſit hereditas. Quomodo enim aut quando ſcripti heredes, quod nominatim iis injungitur, exheredationis cauſam a teſtatore expreſſam probare poſſent, ſi ipſi non eſſent heredes, aut quomodo heredes eſſe poſſent ſine aditione, aut denique adire ex teſtamento, quod conſtet ipſo jure nullum eſſe? Utique non ante vel aliter teſtamentum pro everſo aut reſciſſo haberi vult Juſtinianus, quam ſi ſcripti heredes querentibus exheredatis excluſi ſint a probatione cauſæ ingratitudinis, ſive quod teſtator ipſe nullam allegaverit, ſive allegaverit aliquam, quam heredes probare non potuerunt. Evincit hoc idem & accurata illa cauſarum ingratitudinis in *dict. Nov. 115. cap. 3.* definitio. De his enim cauſis apud centumviros, in judicio querelæ inofficioſi ſolum inquirebatur: unde iterum liquet, non de aliis teſtamentis

Juſti-

Juſtinianum agere, quam quæ inofficioſa argui, & per querelam everti poſſunt; & conſequentes non de aliis, quam quæ ipſo jure valent: quale non eſt teſtamentum patris, in quo liberi præteriti: hoc enim ab initio ipſo jure nullum & inutile eſt, *l. 7. ff. de lib. & poſthum. leg. 1. ff. de injuſt. rupt. teſt.* adeo, ut nec ex poſt facto aut lapſu temporis unquam convaleſcat, *pr. Inſtit. de exher. lib. leg. 7. ff. de lib. & poſthum. leg. 1. ff. de injuſt. rupt. teſtam.* Denique quod pro parte tantum reſcinditur, neceſſe eſt in totum ab initio conſtitiſſe. Nihil igitur Juſtinianus circa præteritionem paternam novi juris introduxit: niſi quis dicat, quod quibuſdam viſum eſt, Juſtinianum omnem præteritionem exæquaſſe exheredationi, ſublato veteri diſcrimine præteritionis paternæ & maternæ. Sed hoc Juſtiniano propoſitum fuiſſe nequaquam credendum eſt. Cur enim, ſi hoc diſcrimen & jus vetus tollere voluit, id non expreſſit, uti fecit antequam cauſas ingratitudinis definiret, & ubique alibi facit? nec enim unquam ſolet Juſtin. quicquam mutare ex jure antiquo ſine præfatione & commemoratione cauſæ, qua impulſus id facit. Animadvertere illi debuerant Juſtinianum in *d. Nov. 115. cap. 3.* non aliter loqui, quam in *pr. Inſt. de inoff. teſt.* aut quam Marcellus loquitur in *leg. 3. ff. eod. tit.* Sancit enim non licere patri vel matri liberos ſuos exheredes facere aut præterire, niſi forſan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis ſubjectis attribuenda ſunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire, quemadmodum in *d. pr. & d. leg. 3.* alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri conſtat. Liquet hoc ex eo, quod Juſtinianus in *d. Nov. 115. c. 5.* aperte profitetur hoc ſolum ſibi propoſitum eſſe, ut injuriam exheredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie eſt, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet, *leg. Papinianus, 8. in pr. ff. de inoff. teſt. leg. 4. verſ. quod ſi fuiſſet, circa med. C. de lib. præter.* Nam etſi a patre quoque præteritis injuriam inferebatur, non inferebatur tamen cum effectu: quippe cum ex ea cauſa teſtamentum patris prorſus inutile & nullius momenti eſſet. Exheredatis autem a patre, aut etiam præteritis a matre cum effectu inferebatur injuria: quæ quamquam vindicabatur judicio de inofficioſo, tamen ſi legitima portio quocumque titulo liberis, quantumvis obſequentiſſimis, relicta fuerat, injuria illa manebat, *§. ſed hæc, 3. Inſt. de inoff. teſt.* cui rei occurrere voluit Juſtinianus, atque ea de cauſa conſtituit, ut non ſufficeret in poſterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam eſſe: ſed neceſſe eſſet, liberos vel heredes inſtitui, vel exheredari addito elogio. Cæterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria ſatis tollitur reſciſſa inſtitutione heredis, ſufficere etiam ei viſum fuit inſtitutionem ſolam reſcindi ſalvis cæteris teſtamenti capitibus, cum olim querela omnia reſcinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua cauſa teſtamentum ab initio nullum eſt. Omnino enim explodendus eſt eorum error, qui putant filium etiam non rite a patre exheredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta eſſet, jure antiquo queri debuiſſe de inofficioſo, nec alio jure ad bona patris venire potuiſſe. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum ipſo jure nullius fuiſſe momenti? Nec vero eo minus pro præterito habebatur, aut nullum erat teſtamentum, quod quarta debitæ portionis aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus eſſet, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exheredatione æſtimabatur, omneſque præteriti cenſebantur, qui neque heredes inſtituti erant, neque ut oportet exheredati, *§. eadem, 12. Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* Quod vero Ulpianus *leg. 8. §. ſi quis, 6. ff. de inoff. teſt.* ait ſecure eum teſtari, qui mortis cauſa quartam donavit, non ſic accipiendum eſt, poſſe patrem iſto caſu filium præterite, ſed poſſe ſecure exheredare hoc affectu, ut & teſtamentum jure conſiſtat, nec per querelam reſcindatur. Sed neque pertinet *dict. Nov. 115. cap. 3.* ad ea teſtamenta, in quibus liberi poſthumi aut emancipati a patre præteriti ſunt, quamvis illa jure ſubſiſtant: nam iſtorum nativitate teſtamentum rumpitur ipſo jure & in totum infirmatur; his præteritis per contra tabulas bonorum poſſeſſionem evertitur, *§. 1. & §. emancipatos, 3. Inſt. de exher. lib.* ne proinde nec hic querelæ, de qua una in *d. Nov.* agitur, ſit locus: quippe quæ non datur, ubi alio jure ad hereditatem parentum liberi venire poſſunt, *§. 2. Inſt. de inoff. teſtam.* Nec quicquam ex hoc jure expreſſe mutatum reperitur. Quamobrem cum, ut ſatis abundeque demonſtravimus, tota ſanctio Juſtiniani in *d. Nov. 115. cap. 3.* ſpectet liberos, quibus ab hereditate patris excluſis nec civili nec prætorio jure ullum remedium competit, ſed tantum una querela inofficioſi teſtamenti; ex cauſa autem præteritionis paternæ teſtamentum vel ipſo jure nullum ſit, vel rumpatur agnatione ſui heredis, aut data bonorum poſſeſſione contra tabulas evertatur, in univerſum dicendum eſt, non ad alios liberos eam Juſtiniani conſtitutionem pertinere, quam qui legitime a patre ſunt exheredati: nec poteſt ea produci ad præteritionem paternam ſine inſigni liberorum, quibus conſulere voluit Juſtinianus, læſione. Matris autem præteritio pro exheredatione ſemper reputata fuit. Ac proinde liberi a matre præteriti neque civili jure,

neque

Digitized by Google

neque prætorio teſtamentum turbare poſſunt non magis, quam a patre exheredari : ſed his unicum tantum adminiculum ſupereſt, videlicet querela inofficioſi teſtamenti, §. *ult. Inſt. de exher. lib. leg.* 8. *pr. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Hanc ſententiam Azoni & pleriſque veterum probatam fuiſſe teſtantur Bart. & Jaſon. *in d. auth. ex cauſa*, quos ſecuti Cujac. *in leg. filio*, 17. *ff. de injuſt. rupt. teſt.* Govean. *in leg.* 1. *ff. de vulg. & pup.* Ant. Fab. *lib.* 9. *conject.* 14. *& dec.* 20. *err.* 4. Gilken, *in d. auth. n.* 1. *& ſeqq.*

Sunt, qui intereſſe exiſtimant, utrum præteritio facta ſit a patre ignorante ſibi liberos ſupereſſe, an a ſciente : illo caſu totum teſtamentum irritum eſſe, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris: hoc autem ſive poſteriore caſu legata & fideicommiſſa ſalva manere, quæ ſententia præjudiciis curiarum ſupremæ juriſdictionis robur accepit. Ant. Fab. *C. ſuo for. de lib. & poſth. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 9. & probatur Diod. Tuldeno in *comment. Inſt. de inoff. teſt. cap.* 1. In hiſce autem regionibus paſſim neceſſitate exheredandorum liberorum, ſi heredes non inſtituantur, non agnoſcimus, utpote quæ ſuorum tantum heredum propria eſt, quales heredes nos non habemus: ſed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exheredatione habetur, exemplo militarium teſtamentorum, §. *ſed ſi*, 6. *Inſt. de exher. lib.* Intelligo ut ipſo jure valeat teſtamentum, non quin tamquam inofficioſum reſcindi poſſit, & res ad cauſam inteſtati pronunciatione judicis redigi. Nam querelam modis omnibus etiam nos retinemus, ſi inique & contra officium pietatis exheredatio aut præteritio facta proponatur. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. Grot. *l.* 2. *introd. c.* 18. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 20. *n.* 8. Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de exher. lib. in pr.*

C A P U T XXI.

Utrum ſi exheredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum ex Nov. 115. nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela ſit opus?

ELEGANS quæſtio eſt, utrum ſi exheredatio facta ſit omiſſo elogio, ideſt, ſine expreſſione cauſæ ingratitudinis, teſtamentum ex conditione Juſtiniani *Nov.* 115. *cap.* 3. *&* 4. nullum ſit ipſo jure, an jure adhuc ſubſiſtat, & ad illud reſcindendum querela etiamnum ſit opus. In hac quæſtione numero vincunt, qui ad validitatem teſtamenti negant ſufficere exheredationem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam. Quod ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo caſu, cum exheredationi aut præteritioni additum eſt elogium: quæ ſententia fuit Joannis, relata a Gloſſa in *leg.* 5. *ff. de inoff. teſtam.* probata pleriſque interpretibus in *auth. ex cauſa, C. de lib. præt.* Clar. §. *teſtamentum*, *q.* 40. Gomez. 1. *reſol.* 11. Covar. *in c. Raynutius*, *p.* 1. *num.* 7. *cap.* 16. Weſemb. *par. de inoff. teſt. num.* 7. & late defenſa a Bach. *ad pr. Inſt. eod. t.* Cæterum, ut plurimis hec ſententia placeat, non deſunt tamen, qui eam taxent, ut conſtitutioni Juſtiniani minime conſentaneam: & ſane, ut mihi videtur, non immerito. Nam qui diligenter eam conſtitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis rebus, quæ ad internam teſtamenti ſolemnitatem ritumve exheredationis pertinent; ſed tantum de cauſis, ob quas facta exheredatio, juſte vel injuſte facta intelligatur. At injuſtitia exheredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Quamobrem nos contra ſic ſtatuimus, etiam poſt *dict. Nov.* 115. dummodo liberi, quicumque erunt, rite ſint exheredati ſecundum formam juris prioris, ſcilicet nominatim, pure, ſimpliciter, quamvis aut nulla ſit cauſa exheredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exheredatis dari, etiam poſthumis, & infantibus. Vide enim, quæſo, quæ ſuperiori ſententiæ ſint conſequentia. Efficitur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit etiamſi præteriti ſint liberi emancipati; etiamſi præteriti ſint ſine elogio, qui nunquam in poteſtate fuerint; ut poſthumi exheredati nativitate rumpatur ipſo jure teſtamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti ſit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberi ſui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: deletur §. *emancipatos*, 3. *item* §. *ſed hæc quidem*, 5. *&* §. *ult. Inſt. de exher. liber.* Deletur ferme in totum *tit. ff. C. & Inſt. de inoff. teſt.* Quis vero credat tot capita juris veteris a Juſtiniano tacite abrogata, qui nunquam ſolet quicquam de jure veteri mutare, niſi cum expreſſa mentione ejus juris, quod abrogare conſtituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. Nov.* 115. *cap.* 3. circa fin. & *cap.* 4. §. *ſi tales*, 9. ubi cum juſſiſſet Imperator, ſi exheredatio aut præteritio facta eſſet cum elogio, idque elogium probaſſent ſcripti heredes, firmum manere teſtamentum, ſive, ut ipſe loquitur, *ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν, καὶ ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν*, ſubjicit, ſi hoc obſervatum non fuerit, teſtamentum irritum reddi atque everti; utitur enim verbis *ἀκυροῦσθαι* & *ἀνατρέπεσθαι*, que de iis tantum prædicari ſolent, quæ ab initio conſtiterunt. Quod vero remedio evertetur? Non alio haud dubie, querela inofficioſi, quæ una exheredatis, aut præteritis ea præteritione, quæ vim exheredationis habet, ſupererat. Arguit hoc diligens illa cauſarum ingratitudinis, de quibus

Digitized by Google

bus in judicio querelæ agitur, enumeratio & definitio, quæ cauſam novæ conſtitutioni dedit. Ad hæc, ſi dicimus liberis omnibus ſine elogio exheredatis aut præteritis teſtamentum poteſtate d. conſtitutionis nullum eſſe, non liberis tantum conſulimus, ſed extraneis etiam defuncti heredibus legitimis: quippe ad quos tum liberis repudiantibus, aut ante parentem, aut priuſquam hereditatem adierint, mortuis, hereditas defuncti ab inteſtato perventura ſit excluſis ſcripis heredibus, qui alioqui ex teſtamento iiſdem rebus intervenientibus venturi eſſent. Juſtinianus autem liberis duntaxat proſpectum voluit, ne his noceret exheredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamento heredes. Poſtremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propoſitum tollere inofficioſi querelam: ſed proniorem atque expeditiorem ei viam facere, unique potiſſimum rei afferre remedium, nec ſcilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio habeat, unum hunc, ut abſolvat teſtamenti ſolemnitatem, ut ne nullum ſit ob præteritionem, ad quod ſufficit rite factum eſſe quamvis injuſta ſit: alterum, ut exheredatum ſummoveat ab hereditate, ad quod inſuper exigitur, ut facta ſit juſtis de cauſis: poſteriorem tantum effectum reſtringere voluit Juſtinianus, priore in ſuo ſtatu relicto. Sive igitur nulla cauſa a teſtatore expreſſa ſit, ſive aliqua, quæ tamen non ſit ex iis, quæ *d. Nov. 115. cap. 5.* continentur, aut ex iis quidem ſed in cujus probatione heres deficiat, utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioſo hodieque aget & poſtulabit ut teſtamentum reſcindatur, reſque redigatur ad cauſam inteſtati: neque alio remedio ad bona defuncti parentis venire poterit. Idemque erit, ſi liberi præteriti ſint ab iis parentibus, quorum præteririo pro exheredatione eſt, ut matris & avi materni, licet cauſa adjecta non ſit. Falſum enim eſt quod plerique pro vero nobis obtrudunt præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, ſed ex hac cauſa non minus nullum eſſe teſtamentum, quam ſi pater præteriiſſet, niſi præteritione additum ſit elogium: quippe qui contra rationem juris neceſſitatem exheredandi illic introducunt, ubi non eſt ſuitas, *leg. 11. ff. de lib. & poſth. leg. 4. §. 2. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Proinde nihil quoque intereſt parentes a liberis exheredati ſint, an præteriti: nam hæc in linea aſcendentium nihil differunt. Ita concludimus cum Fulgoſ. & Don. in *d. auth. ex cauſa*, Duar. *c. 3. ad tit. de inoff. teſt.* Vigl. *ad rubr. Inſt. eod.* Cujac. *ad Nov. 18.* Vaſq. *lib. 2. de ſucc. creat. §. 20. n. 162. & ſeqq.* Fachin. *4. contr. 9.* Gudelin. *lib. 2. de jur. noviſſ. c. 4.* Perez. *in C. tit. de lib. præt. n. 13.*

Argumenta diſſentientium non ſunt talia, quin his facile ex iis quæ jam dicta ſunt, occurri poſſit. Primum eſt, quod exheredatio non rite facta pro præteritione habetur, *leg. 8. §. 2. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Eſto, ſed falſum eſt, quod aſſumunt, exheredationem ſine elogio factam rite factam non eſſe, petuntque hic ſibi concedi τὸ ἐν ἀρχῇ ſupponentes in exheredatione omiſſo elogio facta leges & ritum exheredationis obſervata non eſſe: quod eſt πρῶτον ψεῦδος. Nam, ut ſupra demonſtravimus, in tota illa *Nov. 115. cap. 3. & 4.* nihil cavetur de alia ſolemnitate aut de alio ritu in exheredatione obſervando, quam qui prioribus legibus præſcriptus fuit, nempe ut pure, ut nominatim, ut a tota hereditate & ab omnibus gradibus liberi exheredentur, *l. 3. §. 1. & ſeqq. leg. cum quidem, 19. ff. de lib. & poſthum. leg. ſed ſub, 18. ff. de bon. poſſ. cont. tab. §. ſed hæc, 5. Inſt. de exher. lib.* ſed tantum proclivior via ſternitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, ubi exheredatio rite quidem facta eſt, ſed injuriam habere videtur. Non obſtat, quod Juſtinianus expreſſe jubet cauſam ingratitudinis teſtamento inſeri: nam idem, ſi inſerta non ſit, non vult teſtamentum ipſo jure nullum eſſe, ſed vult illud reſcindi, & quidem non in totum, ſed pro parte dumtaxat, quoad inſtitutionem ſcilicet heredis; cætera autem capitula ſalva manere. Itaque fruſtra hic objicitur vulgatum illud: quod contra legem fit, ipſo jure nullum eſt, *leg. 5. Cod. de legib.* Nam illa regula non procedit, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo & ſubſiſtere patitur ſuppeditato remedio, quo quod factum eſt, reſcindatur, aut vis ejus infringatur, quod hic fecit Juſtinianus: de quo nos fuſius *lib. 1. quæſt. 1.* Non majoris ponderis eſt & hoc argumentum, quod tamen Bacchovio palmarium videtur, nempe legitimam liberis & parentibus relinquendam eſſe titulo inſtitutionis. Ex eo enim minime ſequitur, ſi non ſit relicta tali titulo, teſtamentum ipſo jure nullum eſſe. Sed hæc collectio bona eſt, ut teſtamentum maneat ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχῦι, & ab omni oppugnatione tutum ſit, voluit Juſtinianus bonos liberos & parentes honorari titulo heredis: ergo ſi tali titulo honorati non ſunt, teſtamentum non manet firmum, ſed oppugnari & expugnari poteſt. At, inquiunt, exheredati ſine elogio non poſſunt cauſa cadere: fruſtra autem datur actio, in qua non poteſt actor ſuccumbere. Mira ratio. Ergo fruſtra eſt, quod actio de inofficioſo datur poſthumis exheredatis, *§. 2. Inſt. de inoff. teſt.* item liberis omnibus exheredatis non addito in genere, quod ingrati fuerint; quia non poſſunt non vincere, *leg. omnimodo, 30. Cod. eod. tit.* Conſiderare debuerant non fruſtra eſſe, quod leges teſtamentum ſubſiſtere volunt, ut ſaltem iis caſibus quos modo memo-

ravi,

Digitized by Google

ravi, incidentibus, voluntas defuncti conſervetur & exitum habeat.

CAPUT XXII.

An jus accreſcendi in hereditatibus cum aliquo effectu a teſtatore prohiberi queat?

QUANDO unus tantum heres ſcriptus eſt, licet ex certa parte hereditatis, puta quadrante, triente, &c. is perinde ac ſi ex toto aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum hereditatem conſequitur, §. *hereditas*, 5. *Inſt. de her. inſt.* Hoc autem magis eſt ex ſubtilitate juris propter regulam, qua nemini partim teſtato, partim inteſtato decedere permittitur, *d.* §. *hæreditas*, quam ex voluntate defuncti, quæ ejuſmodi interpretationem vix admittit, ubi unus tantum ex parte aliqua heres ſcriptus eſt. Quod ſi verbi cauſa, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſint, aut duo ex duabus partibus, tertius ex parte tertia commodiſſime dicitur arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hereditatem diviſiſſe. Quod ſecus eſt, ſi unus tantum inſtitutus proponatur in quadrante, ſive quarta hereditatis parte. Quamobrem licet illo caſu propter libertatem diſtribuendi, communem voluntatem idem obtineat in teſtamento militis, quod in teſtamento paganorum, *leg.* 3. *Cod. de teſtam. mil.* hoc tamen caſu diverſum jus eſt, propter d. regulam, quæ non militum, ſed paganorum poteſtatem coercet; atque uno tantum herede in certa aſſis parte a pagano inſtituto, pars hæc reliquas ad ſe trahit; a milite ſi idem factum ſit, reſiduum heredes ab inteſtato ferunt, *leg. querebatur*, 19. *ff. de teſt. milit.* quod & in Græcis Inſtitutionibus diſerte expreſſit Theophilus. Sed & ſi quis inſtitutus fuerit non ex parte hereditatis, ſed ex re certa, puta ex fundo Tuſculano, valet inſtitutio detracta rei mentione, *leg.* 1. §. *ſi ex.* 4. *leg. quoties*, 9. §. *ſi duo*, 13. *ff. de hered. inſt.* niſi ei coheres indefinite aut ex parte aſſis datus ſit: tunc enim legatarii loco habetur, *l. coheredi*, 41. §. *ult. de vulg. & pup. l. pen. C. de hered. Inſt.*

Verum & hoc ipſum ex ſubtilitate juris eſt, atque ex vi ſuperioris regulæ, ac proinde ad militaria teſtamenta non pertinet: nam ſi miles unum ex fundo heredem ſcripſerit, creditur, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe, *leg.* 6. *ff. de teſtam. milit.* Igitur jus noſtrum, ut inquit Pomponius, *leg.* 7. *de reg. jur.* non patitur eundem in paganis teſtato & inteſtato decedere: quaſi hæc duo, teſtatus & inteſtatus, inter ſe naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo eidem ſubjecto ineſſe aut de eodem ſubjecto pronuntiari non poſſint, ex regula logicorum de oppoſitione. Et quidem ſine manifeſta & naturali rerum pugna dici non poteſt unum atque eundem in totum aut ſecundum eandem partem & teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe: at non prohibet lex oppoſitionis, quo minus dicamus eundem teſtatum & inteſtatum deceſſiſſe, non ſecundum totum, ſed ſecundum partes diverſas. Cæterum ut hic quoque pugna ſit, efficit ſubtilitas juris civilis, qua fingitur heres repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repreſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per heredes diverſi generis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato: ſed quiſquis heres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ſimplici repræſentationis genere, & vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Eoque pertinet, quod ſcribit M. Tullius *l.* 2. *de invent.* unius pecuniæ diſſimilibus de cauſis heredes eſſe non poſſe; nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecuniæ alius teſtamento, alius lege heres eſſet. Rationem hujus rei hanc affert Gomez. *leg.* 2. *var. reſol. c.* 3. quod abſurdum ſit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura eſſe non poſſunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, repræſentari. Putarem ego *naturaliter* in *d. l.* 7. *ff. de reg. jur.* poſitum eſſe pro eo, quod recepti paſſim moris erat; ut & alibi interdum, *l. in cauſa*, 16. §. *idem Pomponius*, 4. *ff. de minor. l. item ſi*, 22. §. 1. *ff. locat.* Nam regula iſta e ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud Romanos quidem in teſtamento militis: unde ſatis liquet eam non niti aliqua naturali ratione.

Ex hac porro regula deſcendit jus accreſcendi inter plures heredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt, *l. liber homo*, §. 3. *l. ſi ita quis*, 66. *ff. de hered. inſtit. leg. un.* §. *his ita*, 10. *Cod. de caduc. toll.* quanquam non ex cauſa proxima aut adæquata. Valet enim hoc jus etiam in hereditatibus legitimis, *leg. ſi ex pluribus*, 9. *ff. de ſuis & legit. hered.* & valet utrobique ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus principiis juris: quorum primum eſt: Neminem hereditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe, *leg.* 4. *Cod. de repud. her.* alterum: Neminem ejuſdem hereditatis, quæ alium heredem non habet, partem habere poſſe, partem repudiare, *l.* 1. *leg.* 2. *ff. de acq. her. d. leg. un.* §. *his ita*. 10. *Cod. de cad. toll.* Et igitur, qui ex aliqua parte heres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei etiam invito & ignoranti deficientium portiones accreſcunt, *leg. heredi*, 31. *l. ſi duo*, 38. *l. qui ex duobus*, 53. §. 1. *ff. de acq. her. d. l.* 9. *ff. de ſuis & leg. hered.* & accreſcunt ſemper cum onere, æris videlicet alieni

& le-

& legatorum, *d. leg. un.* §. *his ita Cod. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, deſectæ partes accreſcunt omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſunt: ſin promiſcue conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoris aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hereditariis: & in diſtributione ſi permiſtim inſtituti ſint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, ut non plus univerſi conſequantur, quam disjunctorum ſinguli, *d. leg. un.* §. *his ita*, 10. *Cod. de cad. toll. leg. heredes*, 63. *ff. de her. inſt.* eademque ratio eſt & heredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur; quod ſit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes: fratres & fratrum filii. Valet id jus & in legatis inter collegatarios rei: verum ratione & effectu nonnihil diſſimili. Etenim in legatis locum non habet ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem quidem habere velle intelligitur & legatum ſcindi, ſi concurrant: ſi vero non concurrant ſolidum poſtpoſito herede, §. *ſi eadem*, 8. *Inſt. de legat. l. un.* §. *ubi autem*, 11. *Cod. de caduc. toll.* ac proinde & prohiberi inter legatarios ejuſdem rei accretio poteſt, & ſi ſingulis ſingulæ res legatæ uno deficiente portio ejus in hereditate manet, *leg. hujuſmodi*, 84. §. *pen. ff. de legat.* 1. & cum deficientis coheredis portionem coheres invitus & cum onere ſemper accipiat, collegatarius portionem collegatarii nec invitus plerumque accipit, & interdum ſine onere *d. leg. un.* §. *his ita*, 10. *& ſeq. C. de caduc. toll.*

Igitur, ut diximus, ſi quis ſolus ex certa parte hereditatis aut ex certa re inſtitutus ſit, is nihilominus in integrum aſſem poteſtate juris vocatur. Sed quid ſi teſtator adſcripſerit, nolle ſe, ut heres ſcriptus reliquas partes ferat, & jus accreſcendi expreſſe prohibuerit? Et quidem, quemadmodum nemo ſine obſervatione legum teſtamentum condere poteſt, ita nemo quoque in ſuo teſtamento poteſt cavere, ne leges in eo locum habeant, *leg. nemo poteſt*, 55. *ff. de legat.* 1. ut illud omnino manifeſtum ſit, teſtatorem nulla cautione efficere poſſe, ut contra regulas juris civilis diſpariliter ei ſuccedatur, & ex teſtamento & ab inteſtato. Alterutrum ergo dicamus neceſſe eſt, vel cum Bartolo totum teſtamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen heredes ab inteſtato teneri quaſi ex fideicommiſſo partem teſtamento expreſſam reſtituere heredi ſcripto, vid. Gomez. 1. *reſol.* 10. *num.* 10. *& ſeq.* vel rato manente teſtamento prohibitionem inſuper habendam, reſiduaſque partes, quantumvis vetante teſtatore, accreſcere heredi inſtituto: quæ ſententia, ut ex iis, quæ jam dicta ſunt, patet, juri magis eſt conſentanea; & numero etiam ſuffragiorum vincit, teſtib. Vig. *ad d.* §. 5. Clar. §. *teſtamentum*, *q.* 74. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 11. Levia autem valde ſunt, quæ huic ſententiæ objiciuntur, & præſertim a D. Bronchorſtio *lib.* 2. *miſc. cont. aſſert.* 14. quale primum illud eſt, quod Ulpianus in *leg. quoties*, 9. §. *ſi duo*, 13. *ff. de hered. inſtit.* ſcribit, inſtitutos ex certis rebus, quaſi ſimpliciter inſtituti ſint, hereditate potiri, niſi voluntas patrisfam. manifeſtiſſime refragetur: unde ſic ex contrario recte colligi putat, ſi paterfam. expreſſe voluit eos contentos eſſe iis rebus aut partibus, ex quibus inſtituti ſunt, atque nominatim prohibuerit, ne reliqua bona iis accreſcant, eo caſu pro parte teſtatum decedere, neque ad hunc caſum ſuperiorem regulam pertinere. Vitioſa enim hæc collectio & prava hujus loci interpretatio eſt: quippe JCtus his verbis, *ſi modo voluntas patrisfam. manifeſtiſſime non refragatur*, non hoc ſignificat ſi teſtator prohibuerit reliquam portionem accreſcere inſtitutis, eam relinquendam eſſe heredibus legitimis; atque ita contra quam juris ratio patitur, eundem & teſtato & inteſtato poſſe decedere: ſed longe alia iſtius clauſulæ ſententia eſt, nempe quod ſcripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac ſi nec res nec partes eſſent nominatæ, in manifeſta teſtatoris voluntate heredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expreſſit, veluti in ſpecie ab Ulpiano propoſita unus ex triente, alter ex beſſe, quæ partes nominantur in fundo. Atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipſo jure, quam officio arbitri familiæ erciſcundæ, *leg. ex facto*, 35. *ff. de hered. inſtit.* Putat præterea D. Bronchorſtius ſatis probari poſſe teſtatorem, cum hoc aperte voluit, pro parte teſtato decedere, & ſic cavere, ne reſiduum heredi inſtituto accreſcat, per *leg. peto*, 69. *pr. verſ. idem dicemus*, *ff. de leg.* 2. Proponitur ibi heres ex aſſe ſcriptus his verbis a teſtatore rogatus, *Peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis*, & ait Papinianus tale fideicommiſſum valere. Ergo, inquit Bronchorſtius, legitimi heredes hic in reſiduo ab inteſtato ſuccedunt. Hoc, inquam ego, levius primo eſt, & aperte falſum. Nam cum heres inſtitutus retenta vel deducta certa re aut ſumma rogatus eſt hereditatem reſtituere, aut quod vi ipſa idem eſt, certa ſumma contentus eſſe ejus, qui teſtamento non facto legitimus heres futurus eſſet, gratia, ut in ſpecie propoſita, non duo diverſi generis heredes hic defuncto ſuccedunt, unus ex teſtamento,

alter

alter ab inteſtato; ſed uterque ex teſtamento, alter directo, alter oblique ſeu ex fideicommiſſo. Atque hoc caſu heres fiduciarius reſtituta hereditate inſtar legatarii eſt, & vi ipſa legatarius: fideicommiſſarius ſolus heredis locum obtinet, actioneſque hereditarias ſolus & exercet, & excipit, *§. ſi quis una*, 9. *Inſt. de fideic. hæred. l. ſi legatus*, 30. *§. 3. ff. ad ſenat. Trebell. l. pen. C. de her. inſtit.* Adhæc, ut probet teſtatorem poſſe pro parte tantum bonorum teſtatum decedere, & conſequenter prohibere, ne reliquum heredi teſtamentario accreſcat, adducit D. Bronchorſtius reſponſum Scævolæ in *leg. ſi quis ita*, 82. *ff. de hered inſt.* Si quis, inquit ibi Scævola, ita heres inſtituatur, *ſi legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam*, puto deficere conditionem teſtamenti illo vindicante. An igitur deficiente teſtamenti conditione & herede legitimo hereditatem vindicante, nihilominus inſtitutus pro parte ex teſtamento heres erit? Quis unquam talia audivit? Somnum obrepſiſſe clariſſimo viro, cum hæc ſcriberet, diceres, adeo plena eſt tota illa aſſertio [illegible]. Poſtremo & in eo inſignis error eſt, quod ſententiam ſuam exiſtimat ſtabiliri per *leg. dominus*, 57. *§. 1. ff. de uſufr.* ubi talis ſpecies a Papiniano proponitur. Teſtator libertis ſuis fructum prædiorum ob alimenta per fideicommiſſum relinquit: deinde heres ſcriptus diſtributione pro rata facta ex fructibus prædiorum libertis alimenta aliquamdiu præſtitit: mox unus ex libertis alimentariis ſeu fructuariis ob alimenta vita deceſſit: quæritur utrum partis ejus emolumentum accreſcat cæteris collegatariis ſive confideicommiſſariis, an vero ad heredem revertatur? Et ait Papinianus partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad heredem proprietatis dominum recurrere. Cujus reſponſi ratio non eſt obſcura. Nam cum fructum ſingulis ad alimenta duntaxat præſtari teſtator voluerit, inde apparet, non plus quemquam eorum habere voluiſſe, quam quo vitam ſuam toleraret: eamque ob cauſam portio unius deficiens cæteris non debet accreſcere, quibus affatim ſuppetit, quo ſe exhibeant. Ubi autem hic duo heredes diverſo jure ſuccedentes, alter ex teſtamento, alter ab inteſtato; Nec vero hic diſputamus de legatariis aut fideicommiſſariis ejuſdem rei, inter quos ut accreſcendi jus non niſi ex voluntate defuncti locum habet, ita prohiberi a teſtatore poteſt ſine offenſa ſuperioris regulæ, cum pars deficientis apud hæredem maneat. Atque hæc etiam ratio eſt, cur idem illud jus ceſſet in legatis alimentorum, nempe quia teſtator intelligatur noluiſſe, hic quicquam accreſcere. Sicut enim in agris limitatis locus non eſt jure alluvionis, propterea quod in his certis limitibus & finibus jus poſſeſſoris circumſcriptum eſt *leg. in agris*, 16. *ff. de acq. rer. dom.* ita & in uſufructu limitato ad finem alimentorum ceſſat jus accreſcendi, quod cum alluvione comparatur, *l. ſi Titio*, 33. *in fin. ff. de uſufr. d. l. dominus*, 57. *§. 1. ff. eod. l. alimenta*, 16. *§. 2. ff. de alim. legat.*

Etſi autem communis hæc ſententia rationi juris magis convenit, quam prior illa Bartoli aut Bronchorſtii; eſt tamen & media quædam, quam proponit & tuetur Salicetus in *leg. pen. Cod. de hær. inſtit.* & a qua non abhorret doctiſſimus Bachovius: nimirum prohibitionem ſupra dictam non efficere quidem, quominus heres ſcriptus vi & poteſtate juris ex aſſe heres fiat: cæterum hanc ejus vim eſſe, ut heres ille ex certa parte aut re ſcriptus reſiduum vel partes reliquas, quas accreſcere teſtator noluit, tanquam ex fideicommiſſo teneatur reſtituere iis, qui ab inteſtato ad hereditatem ejus venturi fuiſſent, ducto argumento a ſimili, quale proponitur in *leg. ſi quis*, 29. *ff. ad ſenat. Trebell.* & *§. 3. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* item in *l. ex facto*, 17. *pr. ff. ad ſenat. Trebell.* & fac. *leg. peto*, 69. *in fin. pr. ff. de legat.* 2. Atque hæc ſententia mihi quoque non diſplicet: immo magis placet, quam ſuperior illa communis, quoniam favet voluntati morientium ſalva ratione juris. Et huc accommodari poteſt clauſula in *d. l. quoties*, 9. *ſi duo*, 13. *ff. de hered. inſt.* de qua ſupra. Excogitavit & Viglius noſter mediam ſententiam, ſed ille dum ſervare cupit voluntatem defuncti, manifeſte facit adverſus rationem juris, comminiſcendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas teſtator ſcriptum heredem habere noluit, inſtitutionem; qualis inſtitutio jure noſtro incognita eſt. Quod cum nec ipſe Viglius diſſimulet, perſuaſum habeo, eum quoque omnino & ſine cunctatione in Saliceti opinionem tranſiturum fuiſſe, ſi quis modo eam propoſuiſſet. In Belgio generali conſuetudine paſſim receptum eſt, ut unicuique liceat partim teſtato partim inteſtato decedere contra diſpoſitionem juris Romani. *Grot. 3. introd. c.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviſſ. c. 5.* Chriſtin. *vol. 1. dec. 51. & dec. 312. & vol. 4. dec. 10.* An autem per hoc quoque cenſeri debeat in totum abolitum eſſe jus accreſcendi, hic non diſputo. vid. Chriſtin. *d. dec. 51.* Gudelin. *d. c. 5.* Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad §. hæreditas*, 5. *Inſt. de hæred. inſt.*

CAPUT XXIII.

Quando conditio ſubſtitutionis vulgaris filio ſuo hæredi a patre factæ extitiſſe intelligatur, ut ſubſtituto fiat locus? & an jus ſuitatis per hujuſmodi ſubſtitutionem tollatur?

CONDITIO hæc vulgaris ſubſtitutionis, *Si heres non erit*, qui caſus primus dicitur, pro diverſa qualitate heredum & perſonæ inſtituti diverſimode accipitur. In extraneo here-

herede, qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hereditatem acquiſierit, neque alium novata conditione heredem fecerit. In ejuſdem qualitatis herede, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe heres erit, neque hereditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit, *leg. ſi paterſ.* 40. *ff. de hered. inſt.* in ſuo herede eadem formula citra controverſiam hoc ſignificat, ſi heres eſſe non poterit, quod fit ſi ante patrem teſtatorem vita decedat; tunc enim, niſi liberos reliquerit, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant, ſemper locus eſt ſubſtituto. Cæterum putamus eadem formula & hoc ſignificari, ſi ſe paterna hereditate abſtineat, ſi cum effectu ex teſtamento heres non extiterit, eo quod bonis paternis ſe immiſcere noluit. Nam etſi ſuus heres ipſo jure heres exiſtat, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine creatione, ſine geſtione pro herede, §. 3. *Inſt. de hered. quæ ab int. defer. leg. in ſuis*, 14. *ff. de ſuis & leg. her.* & ideo non eſſe ſine herede dicatur, qui ſuum heredem, licet ſe abſtinentem habet; *l. cum quaſi*, 30. §. *ſed & ſi*, 10. *ff. de fideic. libert.* quæ res etiam ſua habet effecta circa confirmationem tabularum pupillarium, libertatum dationes, &c. *leg.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. leg. filius*, 41. *& leg. ſeq. leg. ult. de acq. hæred. l. 3. paterfam.* 28. *ff. de reb. auct. jud. poſſ.* Tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex mente & voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur atque approbat, non ὕπαρξις ſeu nuda illa exiſtentia, ut male Theophilus exiſtimavit; ſed immiſſio filii cum aditione heredis extranei comparanda eſt, & ſubſtitutum filius excludet, non cum nudo nomine tenus, ſed re ipſa & cum effectu heres factus eſt. Sic JCti in *leg. non ſolum*, 67. *ff. de rit. nup. leg. ſi poſt*, 68. *ff. de legat.* 1. aperte negant filium, qui abſtinuit, patri heredem extitiſſe: nec prætor hunc heredis loco habet, *leg. ſi filius*, 12. *ff. de interrog. in jur.* Et alioqui ſi nullo modo efficere filius poſſit, ut non ſit heres, fruſtra ei ſubſtitutus daretur in eum caſum, quo heres non erit, quo procul dubio continetur etiam caſus, quo non vult heres eſſe. Enimvero ſi filius patri ſuperſtes deceſſerit non declarata voluntate ſuper immixtione aut abſtentione, hic excludetur ſubſtitutus propter tranſmiſſionem hereditatis ipſo jure quæſitæ nec derelictæ, aut repudiatæ, *leg. Lucius*, 45. *ff. de vulg. & pup. l.* 3. *C. de jur. delib.* junct. *leg. un.* §. 5. *& §. cum autem*, 13. *C. de caduc. tollend.* Porro ex his apparet verum non eſſe, quod plerique tradiderunt, quos ſequitur Fachin. 4. *controv.* 71. filium, qui vulgarem ſubſtitutum a patre accepit, deſinere eſſe ſuum heredem. Illud quidem recte dicitur, & omnino dicendum videtur, ſuum heredem, qui in cauſam vulgarem ſubſtitutum accepit, ex neceſſario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum, neceſſitatem illam, ut in ſuum ſolius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remiſiſſe intelligatur dato filio vulgari ſubſtituto, ut quod alias filius non habuiſſet, niſi jure prætorio, abſtinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum a patre, ac proinde ex jure civili, per *l. verba*, 12. *ff. de cond. inſt. leg.* 4. *pr. leg. jam dubitari*, 86. *ff. de hered. inſtit.* Sed nullo modo admitti poteſt, quod Doctores vulgo contendunt, per ſubſtitutionem vulgarem in totum tolli jus ſuitatis. Licet enim ſuitati cohæreat & in perſona ſui heredis annexa ſit neceſſitas; eſt tamen diverſa qualitas a ſuitate; atque hac ſalva, aut tantum vulnerata illa tolli poteſt, quod omnino conſiderandum eſt. In ſervis eſt neceſſitas, ſuitas non eſt. Ex eo quod quis ſuus eſt, ipſo jure heres fit, bonaque paterna propter continuationem dominii penes eum remanent: ex eo, quod neceſſarius, ea retinere cogitur, & creditoribus paternis, velit nolit, reſpondere, *leg. neceſſarius*, 57. *ff. de acq. hered.* quamquam etiam hic ſuum confert ſuitas. In ſuitate magis jus & commodum liberorum, in neceſſitate ſolius patris vertitur, cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario herede facere voluntarium, *d. leg.* 12. *ff. de cond. inſtit.* Neque unquam pater dicitur ſuum ſibi heredem facere, ſed bene neceſſarium: & cum impuberi filio fratrem neceſſarium heredem facit, ſuum tamen heredem non facit, ut recte Goveanus in *leg.* 2. §. *ſed ſi quis*, 5. *num.* 35. *& in leg.* 10. §. 1. *num.* 2. *d. vulg. & pup.* contra Bartolum. Nihil autem plane pro communi ſententia facit *leg. ſi filius*, 16. *ff. de lib. & poſthum.* Neque enim in caſu illic propoſito ſubſtitutio vulgaris facta filio efficit, ut filius ſuus heres eſſe deſinat, ut male colligit Bartolus, ſed hoc, ut filius interim decedens præterito poſthumo non poſſit videri heres fuiſſe ab inteſtato, quoniam ſubſtitutus teſtamentum ſuſtinet, nec ex eo filius heres exiſtere potuit, quia jus ejus adhuc pendebat propter incertum eventum poſthumi naſcituri de quo fuſe Anton. Fab. *dec.* 32. *error.* 8. Similiter cum prætor liberis neceſſariis heredibus poteſtatem facit abſtinendi hereditate, eoſque liberat ab oneribus hereditariis ſi velint hereditatem derelinquere, §. 2. *Inſt. de her. qual. & diff. d. leg.* 57. *ff. de acq. hered.* neceſſitatem tantum tollit, non ſuitatem; ex neceſſariis heredibus facit voluntarios, non ex ſuis extraneos; quippe cui propoſitum non nocere liberis, ſed prodeſſe, *leg.* 12. *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Itaque quemadmodum poſt datam a prætore ſuis & neceſſariis heredibus abſtinendi poteſtatem, nihilominus

ſui

Digitized by Google

ſui heredes manent, ipſoque jure & ignorantes heredes fiunt, ac creditoribus paternis obligantur, *d. §. 2. Inſtit. de her. qual. §. 2. Inſtit. de her. quæ ab int. d. l. 57. de acq. her.* quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, *l. 2. ff. de cond. furt.* idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent, *l. nam nec*, 89. *ff. de legat.* 1. & conſequenter quemadmodum hic manet idem ſuitatis effectus, videlicet ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad heredes quoslibet tranſmittat, *l. 3. Cod. de jur. delib. l. 7. §. 1. ff. de acq. her. l. 19. §. 2. ff. de caſtr. pec. l. 8. Cod. de ſuis & leg. lib.* ita quoque dicendum eſt, filium, cui in eum caſum, quo heres non erit, ſubſtitutus a patre datus eſt, licet neceſſarius heres eſſe deſinat, idque ex ratione ipſius juris civilis, non tamen deſinere ſuum heredem eſſe, cumque ante immixtionem aut abſtentionem decedentem hereditatem ad quoſvis heredes tranſmittere excluſo ſubſtituto. Quod ſi per ſubſtitutionem vulgarem tolleretur jus ſuitatis, nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari expreſſa pupillaris contra quam utimur, *l. 4. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* denique & tranſmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita, quæ omnia falſa ſunt, priora duo manifeſte, tertium *arg. l. un. §. 5. & §. cum autem*, 13. *Cod. de cad. tol.* ubi Juſtinianus demum ſubſtitutum vult admitti, cum deſunt perſonæ, quæ hereditatem non aditam tranſmittunt ex lege Theodoſii, quæ unica eſt ſub. *tit. Cod. de his qui ant. ap. tab. her. tranſm.* Nimirum jus tranſmittendi, quod ſoli antea ſui heredes & ſimpliciter habebant, etiam in caſu ſubſtituti Juſtinianus illic extendit ad perſonas lege Theodoſii comprehenſas. Inſignis itaque error eſt Joan. Deckheri, qui *lib. 1. diſſ. 14. num. 43.* ut communem opinionem tueatur, nimirum per ſubſtitutionem vulgarem jus ſuitatis omnimodo tolli, aſſerit ideo per vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam tolli jus tranſmiſſionis, quod ex jure ſuitatis eſt; quia ſuus heres inſtitutus non aliter ex teſtamento heres ſit, quam ſi ſe immiſceat. Notiſſimi enim juris eſt, ſuos heredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim & ipſo jure heredes exiſtere, *§. 2. Inſt. de hered. qual. l. 1. §. 7. ff. ſi quis omiſſ. ca. teſt.* & clauſis adhuc tabulis, *l. 3. Cod. de jur. delib.* Concludendum igitur ſubſtitutionem vulgarem in ſuo herede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum voluntatis, ut loquuntur, & abſtinentiæ dumtaxat; utique ſi filius patri ſupervixerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui ſuccedendo rumpant, dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit Zal. *tract. de ſubſt. c. 1. in quart. eſſect.* Gomez. 1. *reſol. c. 3. n. 15. 16. & 24.* Chiſſlin. *vol. 4. aec. 16. n. 4.* D. Joan. a Sande *lib. 4. deciſ. Cur. Friſ. tit. 3. defin. 1.* ubi plures allegat. & optime Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 11. theſ. 7.* Illud quoque mihi perſuadeo ut hoc obiter addam, abſtinente filio ſuo herede, quo caſu ſubſtitutum admitti ſupra diximus, ſubſtitutum heredem fieri jure civili, hoc eſt, directo ex ſubſtitutione venire, & hereditatem adire poſſe ex vi formulæ, *Si filius mihi heres non erit, Sempronius heres eſto*: quamvis Ant. Faber *decad. 32. err. 7.* contendat non in ipſo jure ſubſtitutum hoc caſu heredem fieri, ſed a prætore tantum ad bona admitti. Etenim ſuus heres ſe abſtinens, tantum ſecundum quædam heres adhuc manet, ſecundum alia ſauciatur & enervatur ſuitas, ut in propoſito: ubi & leges ipſæ ſe quodammodo accommodant voluntati patris. Nec dubito, quin filio abſtinente, veri heredes ſint, qui ab inteſtato veniunt, Sed hoc ἐν παρόδῳ.

CAPUT XXIV.

An quemadmodum, quod explorati juris eſt, ſub expreſſa ſubſtitutione vulgari facta filio impuberi continetur & pupillaris ita ex converſo ſub expreſſa pupillari etiam contineatur vulgaris?

OLIM qui ſibi & liberis ſuis impuberibus in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio prudentum, ut credibile eſt, disjunctiva hac & gemella ſubſtitutionis formula, quam Modeſtinus in *l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* duplicem appellat, uſi fuerunt, *Si filius mihi heres non erit, ſive erit, & intra pubertatem deceſſerit*, &c. propterea quod vel ex plurium ſententia, ſubſtitutio vim ſuam non exercebat ultra caſum expreſſum, vel quod ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Veri conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur, ſive filius heres non extiterit, ſive extiterit, & impubes deceſſerit, *l. 4. pr. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quod jus & ad compendioſam duorum impuberum ſubſtitutionem hoc communi verbo, *eoſque invicem ſubſtituo*, factam, tractum eſt *d. l. 4. §. 1.* Et quidem extra controverſiam poſitum eſt, vulgaris ſubſtitutionis caſu expreſſo contineri etiam caſum pupillaris; veluti ſi pater impuberi filio heredi inſtituto ita ſubſtituit, *Si filius heres non erit, Titius heres eſto*, hic enim, ut

inter

inter omnes convenit, etiam in alterum hunc caſum, *Si filius heres erit, & impubes deceſſerit*, Titius ſubſtitutus intelligitur; niſi voluntas teſtatoris aperte refragetur, *d. l. 4. in fin. & l. 4. C. eod.* Quod autem pupillaris quoque ſubſtitutio hic admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis paternæ, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit patrem, qui aliquem ſibi heredem eſſe voluit, ſi filius heres non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe heredem filio, ſi filius heres eſſet, & intra pubertatem moreretur; utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio, cui etiam utile eſſe creditur heredem a patre accipere, *l. Julianus, 42. ff. de acq. hered.* In voluntate autem teſtatoris manifeſta hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſubſtitutionis perſonam comprehendit, cui pupillariter ſubſtitui nequeat, hic qui in primum caſum ſubſtitutus eſt, minime intelligi debet & in caſum ſecundum eſſe ſubſtitutus contra manifeſtam voluntatem teſtatoris, qui aut expreſſim in caſum ſecundum ſubſtitutum dedit, *§. 3. Inſt. de pupill. ſubſtit.* aut in conditione ſubſtitutionis eum adjecit, cui in ſecundum caſum ſubſtitui non poteſt: quod cum ſit, palam eſt teſtatorem in eum dumtaxat caſum ſubſtitutionem feciſſe, quo utrique heredum ſubſtitui poterat, *l. 4. §. 2. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſt. l. 2. & l. 4. C. eod.* Excipiendus etiam caſus ſingularis in *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* ubi Juſtinianus non vult ſubſtitutionem vulgarem vim habere tacitæ pupillaris adverſus matrem coheredem poſthumo datam, ſi viva ea poſthumus natus impubes deceſſerit. Jus ſingulare oſtendunt verba illa, *in hac ſpecie, in hujuſmodi caſu*. Non obſtat *l. 8. C. de impub. & al. ſubſt.* quia loquitur, de ſubſtitutione militis, quæ facta in unum caſum non extenditur ad alium. Quippe militum teſtamenta non teguntur legibus aut conſtitutionibus, ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur, *l. in teſtamento, 6. C. de teſt. mil.* Don. *in d. l. 8. num. 5. & 6.* Vigl. *ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit.* Bronchorſt. *3. aſſert. 34.*

Cæterum an ex contrario expreſſo caſu ſubſtitutionis pupillaris ſeu ſecundo dicendum ſit contineri etiam caſum vulgaris ſeu primum, non eſt æque expeditum. Et communis quidem ſententia eſt expreſſo ſecundo primum quoque caſum comprehenſum intelligi. Gloſſ. & DD. *in d. l. 4. ff. de vulg. & pup.* Mantic. *lib. 5. de conject. ult. volunt. tit. 3. n. 5.* quam ſententiam & nos probamus. Sed hic lis nobis movetur a magnis viris Lancell. Polit. *de ſubſt. pup. quæſt. 8. num. 39.* Vigl. *ad pr. Inſt. de pup. ſubſtit.* Anton. Faber *deciſ. 32. err. 9. & 10.* qui in contrarium eunt, ac ſerio contendunt, nunquam in ſubſtitutione pupillari vulgarem tacite contineri. Nos etſi numero Interpretum nobiſcum ſentientium ſuperiores ſumus, tamen in communes opiniones non juravimus, & parum hoc eſſe exiſtimamus, niſi & legum auctoritate vincimus ac ratione. Auctoritate defendimur duplici; primum verbis ipſis conſtitutionis Impp. Marci & Veri relatis apud Modeſtinum in *d. l. 4. pr. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quæ hæc ſunt; *ut cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur*. Ecce non ajunt Impp. *cum pater in primum caſum*, quomodo loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent; ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum e duobus ſine ulla diſtinctione, primus, an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis hanc quæſtionem proponentis & decidentis in *d. l. 4. §. 2. verſ. hoc itaque*. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque herede inſtituto puberem impuberi ſubſtituit in eum caſum, quo impubes heres exiſteret, & intra pubertatem moreretur: ait JCtus hoc caſu fratrem impuberem in utrumque eventum ſubſtitutum videri. Quod autem in fine ejuſdem reſponſi JCtus monet, ad evitandam omnem quæſtionem cautius facturum patrem, ſi in utrumque caſum expreſſe impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum dumtaxat caſum, hoc eſt: in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, nempe in pupillarem videri debeat impuberi ſubſtituiſſe? At hujuſmodi quæſtioni poſt Divorum Marci & Veri conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni dumtaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter, ſive ſolum in primum, ſive ſolum in caſum ſecundum. Diſerte autem dixi, cum uterque alteri ſeparatim ſubſtituitur, pubes ſcilicet & impubes: quia ſi verborum compendio mutuo ſubſtituti ſint hoc modo, *eoſque invicem ſubſtitutos*, in vulgarem tantummodo caſum reciproca ſubſtitutio facta intelligitur. Quippe in tali ſpecie incongruens viſum eſt, ut in altero duplex eſſet ſubſtitutio, in altero ſola vulgaris, *d. l. 4. §. 2. ff. l. 2. C. eodem*, Mantic. *d. tit. 3. num. 6.* Govean. *ad d. l. 4. num. 13. in fin.* Duar. *ad tit. de vulg. & pup. ſubſtit. cap. 15.* A ratione quoque non magis alienum eſt hanc inducere voluntatis conjecturam, quam quod in primum caſum ſubſtitutus intelligatur quo-

que

Digitized by Google

que ſubſtitutus in ſecundum. Immo fortior eſt voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc; quod etiam Chriſtin. *vol. 4. deciſ. 15. num. 3.* notavit. Nam cum pater filium heredem inſtituit, quem etiam ſperat ſibi heredem fore, & bona, quæ relicturus eſt, conſecuturum, eum, quem filio heredi facto ſubſtituit, ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio herede non exiſtente ſibi heredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea ei obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expreſſe ſibi tantum heredem fecit.

Ex hoc autem vel ſolo nullo negotio refelli poſſunt rationes eorum qui contra ſentiunt: nam auctoritate quidem ibi nulla nituntur: niſi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam. 28. ff. de reb. auct. jud. poſſ.* quo tamen loco longe aliam quæſtionem JCtus tractat, & nimirum hanc, an creditoribus paternis in ſubſtitutum impuberis, qui patris hereditate abſtinuit, actio detur, ſive an ſubſtitutus æs alienum patris agnoſcere & creditoribus ejus reſpondere teneatur: an vero hereditates, quas nuda exiſtentia poteſtate juris civilis conjunxit, poſſit ſeparare. Quod ſi inde colligat Faber ſubſtitutum impuberi in caſum pupillarem, pupillo abſtinente, hereditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abſtinente pupillo poſſe patris hereditatem cernere, ut bene contra Fabrum diſputat Bachovius ad *Treutler. vol. 3. diſp. 11. theſ. 8. lit.* F. Et quidem præſupponendum eſſe dici poſſit in quæſtione a Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hereditatem, utcunque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quidem quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem videtur ſenſiſſe Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur a Marcello & Ulpiano in *l. Julianus, 42. pr. ff. de acq. her.* Levicula autem ſunt, quæ de ordine ſententiæ communi objiciuntur, quod nempe hic ſit naturalis ordo, ut a caſu primo tranſeatur ad ſecundum, non vice verſa, *l. 2. §. prius autem, 4. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* & quod abſurdum ſit in acceſſorio, quale eſt teſtamentum filii, contineri principale ſeu teſtamentum patris. Quando enim conjunctim eodem tempore iiſdemque tabulis ac contextu pater ſibi & filio teſtamentum facit, nihil refert, a ſuo, an a filii incipiat, *d. l. 2. §. ſed & ſi, 6.* atque ut Alfenus dicebat, in conjunctionibus nullus eſt ordo, *l. 15. ff. de pecul. leg.* ac proinde, etſi non ex certa aliqua ratione juris, tamen ex interpretatione conſtitutionis & voluntate Divorum Principum perinde in ſpecie propoſita haberi debet, ac ſi a caſu primo initium ſubſtitutionis pater feciſſet. Agitata fuit hæc quæſtio jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujuſdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib. 7. inſtit. orat. cap. 7.* meminerunt. Coponius poſthumum heredem inſtituerat, eique, ſi, antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium heredem ſubſtituerat. Cum poſthumus natus non eſſet, exorta eſt de hereditate controverſia inter heredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius contendebat legitimis heredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſthumo, ſi poſthumus impubes moreretur: at poſthumum ne natum quidem eſſe: ac proinde defeciſſe conditionem ſubſtitutionis. Mucio contradixit L. Craſſus, atque iiſdem argumentis, quibus nos uſi ſumus, probavit centumviris M. Curium nihilominus ex ſubſtitutione heredem eſſe oportere. Quod judicium ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Viglius & Faber comminiſcuntur, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuc dubia maneret propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Divorum fratrum confirmatum eſt.

Plane in ſubſtitutione facta pupillo exheredato eadem interpretatio admitti non debet. Immo ne expreſſe quidem vulgaris ſubſtitutio eo caſu fieri poteſt quippe cum vulgariter ei duntaxat ſubſtituere queam, quem ipſe mihi heredem facio. Quid ſi duobus diverſis teſtamentis pater ſibi & filio heredem ſcripſerit: ſæpe enim pupillare teſtamentum diverſo tempore fit, & novis ſolemnibus rurſus adhibitis? Pone patrem ſuo teſtamento perfecto, alio deinde die aut hora filio teſtamentum feciſſe, quod ei permiſſum eſt, *l. ſi quis, 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* aut ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris, 10. §. 1. eod.* Atque in ſuo quidem teſtamento filium heredem inſtituiſſe, ſed iiſdem tabulis nullum ei dediſſe ſubſtitutum: poſtea & alio demum tempore filio impuberi feciſſe teſtamentum, quo ei pupillariter ſubſtituit. Hic ego dicerem cum Bachovio ſub pupillari expreſſa non intelligi comprehenſam vulgarem, propterea quod tunc filio tantum, non etiam ſibi heredem quæſiviſſe pater videtur. Apud nos & in pleriſque aliis Belgii provinciis; quia pupillari ſubſtitutione non utimur, diſputatio hæc ſupervacua eſt. Gudelin. *lib. 1. de jur. nov. cap. 13.* Grot. *lib. 2. introd. cap. 19.* Groenevv. *tract. de legib. abrog. ad tit. Inſt. de pup. ſubſt.*

Digitized by Google

CAPUT XXV.

An legatum in alterius arbitrium recte conferatur?

QUANDO de legato in alterius arbitrium conferendo diſputatur, tres diverſi caſus conſiderandi. Nam aut in arbitrium heredis confertur, aut legatarii, aut tertii alicujus, ſive extranei: atque hi tres caſus diverſum jus habent. Quod ad collationem in tertii arbitrium attinet, ut de eo primum dicam, poteſt legatum conferri in tertii alicujus arbitrium tamquam in conditionem *l. 1. pr. ff. de legat. 2.* ubi Ulpianus ait, *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio poteſt*, id eſt, quaſi conditio. Malim tamen cum Cujacio *lib. 2. obſ. 2.* legere, *veluti conditionem*. Sed quod hoc eſt, in alterius arbitrium, veluti in conditionem? Reſpondeo, ſi teſtator ſic dixerit, *Mævio fundum Tuſculanum do lego, ſi Titius voluerit*. Tale, inquam legatum valet. Ratio eſt, quia voluntas facti eſt: & poteſt legatum in alterius factum, non ut in voluntatem ſimplicem, ſed ut in conditionem faciendi conferri, puta ſi forte acciderit aliquando, ut id ille velit; ut conditio potius ſit, quam merum legati dandi arbitrium, veluti *ſi Titius Capitolium adſcenderit*. Utrumque exemplum habemus apud Ulpianum in *d. l. 1. pr. ff. de legat. 2.* ubi & nihil intereſſe ſcribit, hoc an illo modo legetur. Atque ex hoc eodem loco, quod idem Ulpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni poſſe, ſic quoque accipiendum reor, ut in aliena voluntate quaſi conditione poni poſſit, *l. ſenatus, 43. §. 2. ff. de legat. 1.* Nam & alibi idem auctor libertatem ita relictam, *Si Sejus voluerit, Stichum liberum eſſe volo*, deberi ait, quod ſcilicet conditio potius ſit, quam legari dandi merum arbitrium, *l. fideicommiſſa, 46. §. 2. ff. de fideic. libert.* Atque huic conditioni eodem item loco parem facit illam. *Si Sejus Capitolium adſcenderit*. Eſtque hoc legatum vere conditionale, ac mortuo ante conditionem exiſtentem, id eſt, antequam tertius ille voluerit, legatario extinguitur. Diſſentit Hotomannus *lib. 1. amicab. 5.* Pomponium & Modeſtinum cum Ulpiano committens. Poteſt & legatum conferri & in extranei arbitrium, non utique liberum, ſed ut in arbitrium boni viri, & tunc legatum non eſt conditionale, *d. l. 1. §. 1.* Bonum autem virum cum dicimus, non judicem intelligimus, etiamſi is vel maxime boni viri officio fungi debeat: ſed qualemcumque virtute præditum, juſtum, fidum, innocentem, ut Cicero definit *lib. 3. de offic.* Eſt vero in teſtamentis, in quibus voluntas plenius interpretatur, *l. 12. ff. de reg. jur.* hoc perpetuum, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum eſſe intelligatur: & ſive is, in cujus arbitrium collatum eſt, arbitretur, ſive non arbitretur, ſemper utile ſit, *d. l. §. 1. l. 3. §. 1. Cod. comm. de leg. & fideic.* quamquam in contractibus arbitrii hujus adjectio vim conditionis habet, *l. ſi coita, 75. ff. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt. l. ſi quis, 43. ff. de verb. oblig.* At non poteſt legatum conferri in tertii liberum arbitrium ſimpliciter; dum totum legatum in meram v. c. Titii voluntatem confertur citra ullum reſpectum conditionis, ut illa verba, *ſi voluerit Titius*, idem ſignificent, ac ſi diceretur pro libero Titii arbitrio, ut arbiter & quaſi dator legati ſit. Nam tunc vellet teſtator ex puro puto Titii arbitrio pendere legatum, ſive is æquum ſive iniquum arbitraretur, quod fieri non poteſt, *l. illa inſtitutio, 32. ff. de hered. inſtit. l. nonnunquam, 52. ff. de cond. & demonſtr.* Enimvero in conſequentiam & indirecte ex tacito Titii arbitrio pendere vis legati poteſt, veluti ſi teſtator expreſſim adjecit conditionem, *Mævio centum do lego, ſi Titius Capitolium adſcenderit*. Etſi enim Titius Capitolium non adſcendet, niſi volet; tamen teſtator hic non tam voluntatem Titii, quam factum adſcendendi & contingentiam facti ſpectavit. Poterit enim velle Titius, nec tamen adſcendere, morte, morbo, vi impeditus. Poterit & adſcendere nihil minus cogitans, quam ut conditioni pareat, forte ignorans conditionem hanc legato adſcriptam, aut omnino quid Mævio legatum eſſe. Quid ſi aperte teſtetur Titius nolle ſe, ut Mævius legatum capiat, & tamen adſcendat? Nihilominus debebitur legatum, quod non deberetur, ſi teſtator ſimplicem Titii voluntatem ſpectaviſſet, *d. l. nonnunquam, 52. ff. de cond. & dem.*

Quod ad heredis arbitrium attinet, tantum abeſt, ut legatum conferri poſſit in liberum heredis arbitrium, *ſi heres meus voluerit*, ut ne poſſit quidem in ejus arbitrium conferri, tamquam in conditionem. Atque hoc eſt, quod dicitur in *l. ſenatus, 43. §. 2. ff. de legat. 1.* legatum in heredis voluntate poni non poſſe; nempe non poſſe ne quidem tamquam in conditione. Ratio eſt, ne ſit in arbitrio ejus, quem teſtator obligare cogitat, an ſit obligatus, *l. utrum, 7. §. 1. ff. de reb. dub. fac. l. ſtipulatio, 17. l. a Titio, 108. § 1. ff. de verb. oblig. l. 8. ff. de oblig. & act.* Quamobrem crediderim nec tale legatum valere, *ſi heres Capitolium adſcenderit, Titio centum dato*, quamvis Cujacius valere putat, *arg. l. 3. ff. de legat. 8.* ſed ille textus loquitur de conditione negative concepta, cujus alia ratio eſt. Nam & ſi dixerit teſtator, *niſi heres meus noluerit*, quaſi conditionale legatum eſt, & primam dumtaxat voluntatem exigit, *l. fideicommiſſa, 11. §. ſi fideicommiſſum, 5. ff. eod. 3.* Utique in herede hæc verba, *ſi voluerit*, pro conditione negati-

neutiquam accipiuntur, niſi favore libertatis, *l. fideicommiſſa*, 46. *pr. ff. de fideic. libert.* Dicerem tamen potius in ſpecie illic poſita id admitti, propter verba *fidei tuæ committo*, *arg. d. l.* 46. §. 3. Plane in arbitrium heredis quaſi boni viri recte confertur legatum, veluti ſi ita adſcriptum fuerit, *ſi æſtimaveris heres*, *ſi comprobaveris*, *ſi juſtum putaveris*, *ſi utile tibi viſum fueris*, &c. *l. ſi ſic legatum*, 75. *pr. ff. de legat.* 1. *d. l.* 11. §. *quamquam*, 7. *ff. eod.* 3. *d. l.* 46. §. 3. *de fideic. libert.* neque hoc caſu legatum eſt conditionale, per *l.* 1. §. 1. *de legat.* 2. Utiliter quoque ſic relinquitur, *cum heres volueris*, quia tale legatum omnino teſtator præſtari vult, ſed tractum temporis habet, quamdiu vivat is, a quo relictum eſt. Eo autem mortuo, ſi ipſe non præſtitit, ab herede ejus præſtandum eſt: nam poſt mortem utique datum creditur. Præmoriens autem legatarius nihil tranſmittit, quia conditionale eſt, *d. l.* 11. §. *hoc autem*, 6. *l. uxorem*, 41. §. *pen. de legat.* 3. *facit*, *l. centeſimis*, 46. §. 2. *ff. de verb. oblig.*

Poſtremo, quod ad arbitrium attinet legatarii, poteſt legatum in liberum ejus arbitrium & voluntatem expreſſe conferri, *Titio centum do lego*, *ſi volueris*. Et hoc legatum eſt conditionale, ut legatario ante conditionis eventum mortuo, ideſt, antequam legatarius voluerit ad ſe pertinere, jus petendi legati ad heredem ejus non tranſmittatur, quia conditio perſonæ injuncta videtur, *l. ſi ita legatum*, 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. ſi ita expreſſum*, 69. *ff. de cond. & demonſtr.* Quod ſi ea conditio verbis expreſſa non fuerit, licet tacite inſit, non facit legatum conditionale, *l. conditiones*, 99. *ff. de cond. & dem. l.* 3. *ff. de legat.* 2. Cui non obſtat, quod alibi traditum eſt, conditiones, quæ tacite inſunt, non reddere legata conditionalia, licet a teſtatore exprimantur, *l. Cornelius*, 69. *ff. de her. inſtit. l. heredi*, 7. §. *tractati*, 5. *ff. quand. dies leg. l. ſervo*, 47. *ff. de cond. & dem.* Hoc enim ſic accipiendum & temperandum eſt, niſi alia ſit aut aliam vim habeat conditio expreſſa, ut in propoſito, *l. nonnunquam*, 52. *ff. d. tit.* idque ſignificat Marcellus in *d. l. ſervo*, 47. *in fin. eod.* Expoſui breviter ſententiam meam ſuper ſubtiliſſima hac quæſtione. Interpretes noſtri non idem omnes ſentiunt, vid. Gloſſ. Bart. & DD. *in l.* 1. *ff. de legat.* 2. Cujac. 2. *obſ.* 5. Hotoman. 1. *amicab.* 5. Robert. 2. *ſent.* 10. Connan. 9. *comment.* 5. Pet. Fab. *ad l.* 22. §. 1. *ff. de reg. jur.* Bronch. *cent.* 3. *aſſert.* 48.

CAPUT XXVI.

Rei alienæ legatum quando valeat, & quid juris, ſi quis legaverit rem, quam cum alio communem habes?

ETIAM res alienas legari poſſe ſemper conſiſtit, & poſſe etiamſi difficilis earum paratio ſit, ut loquitur JCtus in *l. cum ſervus*, 39. §. *conſtat*, 7. *ff. de legat.* 1. nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit *l. verbis legis*, 110. *ff. de verb. ſign.* nam & qui legat rem alienam, vi & effectu de ſuo legare intelligitur, nempe heredem ſuum onerare, ut rem redimat & redemptam præſtet, aut ſi id non poteſt, æſtimationem inferat, qui hujus legati effectus eſt, §. *non ſolum*, 4. *Inſt. de legat. l. ſi domus*, 71. §. 3. *eod. t.* Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur, quod arguit *l. qui quatuor*, 30. §. *ult. de legat.* 3. & expreſſe teſtatur Ulpianus in *fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, puta *do lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus*, 104. §. 2. *ff. de legat.* 1. Atque ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta, legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *l.* 9. *l. ſi ſervus*, 98. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *c. filius*, *ext. de teſtam.* ubi videtur hujuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat ſpeciem *d. c. filius* eſſe ſingularem, quod res alterius eccleſiæ legata illic proponatur ſepulturæ cauſa; & ideo extra ſpeciem ibi propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque Mantic. *lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 10. Fachin. *lib.* 5. *controv.* 38. At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c. filius*, oſtendat ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis ſæculi legibus, quam legi Dei convenire ſignificat. Quamobrem Diod. Tuldenus *comment. ad tit. Inſt. de legat. c.* 5. fatetur quidem improbari a Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterum cum eam expreſſe non abroget, merito adhuc eam obtinere debere contendit; maxime cum probabili nitatur ratione prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut heres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, aut volente quidem, ſed non niſi immodico pretio, juſtam æſtimationem legatario præſtet, *l. ſi domus*, 71. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l. non dubium*, 14. §. *ult.*. *l. qui quatuor* 30. §. *ult. eod.* 3. Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe rei alienæ legatum le-

gibus ſæculi ita ſuſtineti , ut eam rem , velit nolit , dominus ſuo pretio vendere teneatur : nam ut heres aut redemptione rei alienæ , aut pretii illius præſtatione oneretur , conſtat legi Divinæ minime repugnare.

Cæterum non ſemper res aliena legata debetur : verum intereſt utrum teſtator rem alienam legans , ſciverit eam alienam eſſe , an ignoraverit : ſi ſcivit , debebitur , ſi ignoravit , non item , *l. unum ex familia* , 67. §. *ſi rem* , 8. *ff. de legat.* 2. *l. cum alienam* , 10. *C. de legat.* §. *non tantum* 4. *Inſt. eod. forſitan enim* , inquit ibi Juſtinianus , *ſi ſciviſſet alienam rem eſſe* , *non legaſſet*. Unde vero illud colligimus ? Ex eo nimirum , quod nemo facile credendus ſit heredem ſuum onerare voluiſſe redemptione alienæ rei , *d. l. unum ex familia* , 67. §. *ſi rem* , 8. *l. Stiche* , 36. *in fin. ff. de uſufr. legat.* Quare ſi res heredis legata ſit , diſtinctione illa non utimur , ſed ea omnino debetur , quamvis teſtator eam ſuam exiſtimans legaverit : nempe ideo , quod cum rei legatæ dominus ipſe heres eſt , tam facile eam heres præſtare poteſt , quam rem , quæ defuncti fuit , *d. l. unum ex familia* , §. *ſi rem*. Plane interdum conjectura voluntatis efficit , ut etiam res aliena legata indiſtincte debeatur ; veluti ſi relicta ſit perſonæ proximæ , puta parenti , uxori , alicui ex cognatis , amico ſingulari , aliive tali perſonæ , cui veriſimile eſt teſtatorem quovis modo legaturum eſſe , *d. l. cum alienam* , *C. de legat.* quod ad legata in piam cauſam relicta traducunt , Tiraquell. *priv. piæ* , *cauſ.* 66. Vaſq. *lib.* 3. *de ſucceſſ. progreſſ.* §. 27. *num.* 41.

Illud belle quæritur , quid juris ſit in legato rei communis . Finge teſtatorem fundum Sejanum , quem cum Titio communem habebat , legaſſe Sempronio non adjecta portione . Res dubitationem non habet , ſi teſtator ſic dixerit , *fundum meum* . Hic enim portionem tantum deberi , idest , partem , quæ teſtatoris fuit , non alienam , diſerte a Paulo reſponſum eſt in *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & ait JCtus hoc conſtare , ut oſtendat certi juris eſſe , non controverſi . Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro herede faciunt : verba , quia fundum meum recte interpretamur , quatenus meus eſt : nam meum etiam recte dicitur , quod pro parte meum eſt , *l. in re communi* , 26. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ſi quis* , 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *ff. de condit. inſtit.* quamvis totum meum eſſe non recte dicatur , *l. recte dicimus* , 25. *ff. de verb. ſignif.* Mens teſtatoris ; quia etiamſi res dubia eſſet , non facile crederetur teſtator heredem ſuum onerare voluiſſe neceſſitate redimendi partem alienam , *d. l. unum , ex familia* , 67. §. *ſi rem* , 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur , ſi teſtator non dixerit , *fundum meum* , aut *qui meus eſt* , ſed ſimpliciter fundum ſibi cum alio communem legaverit , utrum totus debeatur , an ea tantum portio , quæ teſtatoris fuit . Et ſiquidem totum ſuum eſſe putaverit , nemo opinor dicturus eſt plus quam partem teſtatoris deberi per *d. l. unum ex familia* , §. *ſi rem.* junct. §. *non tantum* , 4. *Inſt. de legat.* excepto utique caſu ſupra memorato ex *l. cum alienam* , 10. *Cod. eod.* Sed quid ſi eodem modo legaverit , cum ſciret fundum ſibi cum Titio communem eſſe ? Accurſius exiſtimavit totum deberi ; quoniam legatum rei alienæ , quam teſtator ſcivit alienam eſſe valet , & in propoſito fundus , ſi in totum eſſet alienus , totus deberetur : quod & Donello viſum in *d. l. cum alienam* , *num.* 2. *C. de legat.* Cæterum contrariam ſententiam , quam probant Bart. Bald. Jaſ. Angel. Zaſ. Duar. *in d. l.* 5. §. *ult. ff. de legat.* 1. Mantic. *lib.* 9. *de conject. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram eſſe exiſtimo , nempe partem tantum deberi . Quippe longe diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ , & rei communis ſive pro parte meæ . Si res legata tota aliena eſt , non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam , quam nullam in ea re habeat : nullaque alia conjectura capi poteſt , quam voluiſſe eum totam legare . At cum res communis fuit & partem in ea teſtator habuit , omnino credibile eſt eum potius de ſua illa parte cogitaſſe , quam voluiſſe heredem ſuum ita onerare , ut partem alienam redimat , quæ conjectura efficaciſſima eſt , *d. l. unum ex familia* , §. *ſi rem. de legat.* 2. *l. Stiche* , 36. *in fin. ff. de uſufr. leg.* Confirmat porro hanc ſententiam locus Pauli in *l. fundus* , 24. *ff. de inſtruct. vel inſtrum. leg.* ubi ſententiam Neratii explicans ait , ſi fundus , qui locatus erat , cum inſtrumento legatus ſit , id tantum inſtrumentum , quod teſtatoris fuit , legato cedere ; quod ſi nullum in eo fundo inſtrumentum habuerit , quod colonus fuit , deberi . Facit huc & *l. ſi quatuor* , 30. §. *qui fundum* , 4. *ff. de legat.* 3. Atque eandem omnino rationem habet , quod in ſpecie fundi vectigalis legati reſponſum eſt , non videri proprietatem legatam , ſed jus , quod in eo teſtator habuit , *l. ſi domus* , 71. §. *ult. ff. de legat.* 1. Enimvero ſi teſtator nominatim dixerit ſe legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem* , reſponderem utramque partem , & tam alienam , quam quæ teſtatoris fuit , legatam videri , *arg. l. Julianus* , 68. *in pr. ff. eod.* 3.

Multa tamen huic ſententiæ objiciuntur , & primo , quod appellatione rei totum contineatur , *l. ſi dictum* , §. 2. *ff. de evict.* a verbis autem non facile ſit recedendum , *l. ille aut ille* , 25. *l. non aliter* , 69. *eod.* 3. Reſpondeo , verum quidem eſt , non facile a verbis recedendum eſſe : ſed tamen recedi poteſt & debet , quando aliud , quam quod dixit aut ſcripſit , ſenſiſſe teſtatorem apparet , *d. l. non aliter* , nam mens & voluntas teſtatoris verbis

aut

Digitized by Google

aut ſcriptura potior atque potentior eſt, *l. Labeo, 7. §. 2. ff. de ſupl. leg. l. cum virum, 16. C. de fideicom. l. ubi, 21. ff. de reb. dub.* Mens autem teſtatoris in propoſito fortiſſime colligitur ex illa veteribus toties uſurpata conjectura, quod ſcilicet haud facile credendum ſit, teſtatorem voluiſſe heredem ſuum onerare neceſſitate redimendi rem alienam. Secundo objicitur *l. Mævius, 66. §. fundo legato, 6. ff. de legat. 2.* Sed longe alius caſus ibi deciditur, nempe quid juris ſit, ſi quis certum fundum, cujus totius proprietas ad eum ſolum pertinet, uſusfructus autem alienus eſt, ſimpliciter, ideſt, non deducto uſufructu legaverit: hic ait Papinianus etiam uſumfructum ab herede petendum eſſe. Ratio dubitandi eſt quia uſusfructus non eſt pars rei, *l. recte dicimus, 25. ff. de verb. ſign.* Et vero ſi pars eſſet, non niſi ſtulte quæreretur, an ubi conſtat totum legatum eſſe, appellatione totius uſusfructus contineatur. Ratio autem decidendi hæc eſt, quod etſi uſusfructus proprie pars non eſt, inſtar tamen partis obtinet, propterea quod emolumentum rei continet: ac proinde fundo legato etiam uſusfructus, niſi expreſſe excipiatur & detrahatur, legato cedit, *d. l. Mævius, §. fundo, l. 6. ff. de uſufr. ear. rer. quæ uſu conſum.* Et quod notandum cum Azone & Hugolino ut ſingulare, ſi alio propoſito id fecit teſtator, reſponſum eſt in ſpecie huic gemina, cum errore labi, & plus hic valere ſcripturam, quam quod actum, aut cogitatum eſt, *l. ſi alii, 10. ff. de uſufr. leg.* contra communem ſcilicet regulam, ſecundum quam voluntas magis, quam verba ſpectanda, *l. cum virum, 16. C. de fideic. l. Labeo, 7. §. 2. ff. de ſupell.* Porro quod hic juris eſt in toto, idem haud dubie obtinebit & in fundi parte, cujus uſusfructus alienus eſt, legata, *arg. l. qua de tota, 76. ff. de rei vind.* D. Duarenus nimium hic ſolicitus eſt: & fruſtra laborat in alio caſu quærendo: quamquam vera ſunt, quæ profert. Objicitur tertio locus in *l. cum filius, 76. §. 2. de legat. 2.* Sed eadem ad hunc locum, quæ ad ſuperiorem, reſponſio eſt, cui præterea & hoc accedit, quod heres, qui in caſu ibi propoſito ipſe fructuarius eſt, nulla redemptione oneratur. Quarto objicitur *l. ſi res obligata, 57. de legat. 1. d. l. Mævius, 66. §. fundo, 6. eod. 2. l. 6. C. de fideicomm.* quibus locis traditur heredem rem pignori obligatam, quæ legata ſit, luere debere, utique ſi ſciebat teſtator eam pignori obligatam eſſe, *dd. ll. & §. ſed & ſi, 5. Inſt. de legat.* unde ſequitur non liberari heredem præſtando id quod defunctus habuit. Reſpondeo; conjectura voluntatis teſtatoris rem ſuam, quam creditori obligatam eſſe ſciebat, legantis facit, ut res integra, plena & libera debeatur. Nam cum æs alienum onus ſit heredis, qui in univerſum jus defuncti ſuccedit, non legatarii, *l. 1. Cod. ſi cert. pet.* non eſt credibile teſtatorem voluiſſe æs alienum ſolvi a legatario, niſi hoc expreſſerit. Aliud autem eſt, ſi obligatam eſſe neſciebat, exceptis duobus caſibus, de quibus in *d. l. ſi res obligata, 57. de legat. 1. & d. l. 6. C. de fideic.*

Noſtra hæc & communis ſententia nullam Gallorum moribus dubitationem habere poteſt: quippe quibus ne illud quidem obtinet, ut fundo legato uſusfructus, qui alienus eſt, ab herede peti poſſit, teſte Autumno *conſ. Gall. & Confer. du droict. ad d. l. Mævius, 66. §. fundo legato, 6. ff. de legat. 2.* ubi ſcribit apud Gallos locum non eſſe diſpoſitioni *d. §. fundo*, ac proinde abrogandum. Atque hoc ut voluntati teſtatoris, ita & Bataviæ quoque noſtræ moribus omnino conſentaneum videtur. Similiter ſi teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi legaverit eo propoſito, ut alter nudam proprietatem haberet, ſimplicitati morum noſtrorum non convenit, ut uſusfructus contra mentem teſtatoris communicetur ſecundum *l. ſi tibi, 19. ff. de uſufr. leg.* & neſcio cujus ſubtilitatis objectu impediatur, ne ſuprema hominum judicia exitum habeant. Idem de Galliæ moribus teſtatur Bern. Autum. *in confer. Gall. ad d. l. ſi tibi*, add. Groenevv. *tract. de leg. abrog. ad d. l. ſi tibi, & ad d. l. Mævius, 66. §. fundo legato, 6. de legat. 2.* Alii, quibus nimia iſta ſubtilitas non placuit, *d. l. ſi tibi*, interpretatione ſua ſic temperaverunt, ut in caſu, quem ibi tractat Modeſtinus, plus valere debeat ſcriptura, quam quod actum eſt, dummodo de eo, quod actum eſt, non conſtet: quam interpretationem nec verba nec ſententia Juriſconſulti admittunt, ut bene animadvertunt Joannes Azo & Hugolinus apud Accurſium.

CAPUT XXVII.

An unquam error in nomine legatarii reive legatæ, aut falſa demonſtratio vitiet legatum?

SI quis heredem inſtituit, ſive alicui quid legat, perſonam heredis aut legatarii demonſtret, neceſſe eſt. Demonſtrantur perſonæ citra controverſiam ſuo nomine: cæterum & aliis mediis demonſtrari poſſunt, ut valeat inſtitutio aut legatum, *l. quotiens, 9. §. ſi quis, 8. ff. de hered. inſtit. l. ſi ita, 8. §. 2. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Et generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim, 34. ff. de cond. & dem.* Cui jam & illud conſequens eſt, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante teſtatore, nihilominus inſtitutio aut legatum valeat, perindeque habendum ſit, ac ſi nomen adjectum non eſſet; dummodo certum ſit demonſtratione teſtatoris, de quo ille ſenſerit. Ut enim cætera omittantur, perſonam tamen neceſſe eſt ita demonſtrari a teſtatore,

ut cer-

ut certo appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quotiens, §. ſi quis, ff. de hered. inſt.* pro non dicto enim eſt, aut pro non ſcripto, quod ita dictum ſcriptumve eſt, ut non intelligatur, *l. 2. ff. de his quæ pro non ſcript.* Finge ergo hoc modo legaſſe, *Corneliæ ſororis meæ filio centum do lego*, ſi ſoror unum tantum filium habeat, valet legatum, quia ſatis apparet, quem teſtator deſignavit. Sed & ſi ita dixerit, *Cornelio ſororis meæ Corneliæ filio centum lego*, valebit legatum etiamſi ei non Cornelio, ſed Sempronio nomen ſit. Denique & ſic demonſtratio recte fit; *cujus nomen in codicillis ſcripſero*, illi heres meus centum dato, *l. inſtitutio talis, 10. ff. de cond. inſt.* nam quod in herede ſic demonſtrato obtinet, id vel magis in legatario valere debet. Pari ratione etſi teſtator erraverit in nomine rei legatæ, v. c. ſi fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile eſt legatum, & debebitur Sempronianus, ſi conſtet hunc legatum eſſe, *l. 4. ff. de legat. 1.* Et convenienter ſi quis cum unum tantum ſervum haberet, dixerit, *Stichum ſervum meum Titio do lego*, valebit legatum, licet ſervo Davus non Stichus nomen ſit, *arg. l. demonſtratio, 17. ff. de cond. & dem.* Plane ſi quis cum veſtem legare vellet, ſupellectilem ſcripſerit, putans ſupellectilis appellatione veſtem contineri, placet nec veſtem nec ſupellectilem deberi, quaſi neutrum legatum ſit, *d. l. 4. de legat. 1.* ubi JCtus hanc differentiæ rationem reddit, quod rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum mutabilia. Per rerum vocabula intelligit illa, quæ grammatici appellativa vocant, per hominum, quæ illi propria, propterea quod rei ſive perſonæ tantum ſingularis deſignandæ cauſa reperta ſunt. Hæc ait eſſe mutabilia, quia ſcilicet privata ſunt, & pro arbitrio ſingulorum imponuntur & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia *l. Laqueo, 7. §. 2. ff. de ſupell. leg.* ut proinde in his error ſit tolerabilis, in illis ſtultus & intolerabilis. Et eſt ſane ingens inter hæc diſcrimen. Propria nomina omnia θέσει conſtant: & ita ut pro arbitrio cujuſque privari & citra conſiderationem naturæ rei imponantur: quapropter nec rei οὐσίαν, ſed tantum differentiam ἰδιότητα indicant. Appellativa vero φύσει, quodammodo conſtant, id eſt, a natura vim ſuam habere videntur, ſaltem prima, quæ ſunt ἀρχικὰ καὶ στοιχεῖα, ſeu principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem exiſtimat majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina impoſuiſſe. Sed & flexa, licet impoſititia ſint, publica tamen & ipſa ſunt, ac communia: & ſive prudenter, ſive temere & κατὰ τύχην impoſita ſint, non ſunt tamen arbitraria, ut ex ſingulorum opinione exauditi debeant, ſed ex communi uſu: eorumque impoſitio naturæ conſona habetur, nec minus hæc, quam prima ipſam rei ſubſtantiam denotant. Quæſitum vero eſt, an non ſaltem valere debeat legatum ſi res cum oculis ſubjecta eſſet, a teſtatore manu demonſtrata ſit, utut alieno nomine eam appellaverit: veluti ſi cum equus præſens eſſet ita dixit, *hunc bovem Titio do lego*. Accurſius in *l. quæ extrinſecus, 65. ff. de verb. oblig.* exiſtimat valere, & equum deberi; cujus ſententiam & plerique interpretes ſecuti ſunt. Mihi vero id minime conſentaneum videtur reſponſo Pauli in *l. 3. ff. de reb. dub.* ubi JCtus ſic ſcribit. *Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.* Convenienter omnino ſententiæ ſive Servii, ſive Celſi, dicentium *non videri quemquam id dixiſſe, cujus non ſuo nomine uſus ſit*, aut quod idem valet, neminem videri ſenſiſſe, quod non dixit: quanquam Tiberio plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. ff. de ſupell. leg.* Quamobrem magis eſt, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat atque æque ſtultum ac deriſorium, ut illa, de quibus in *l. 4. ff. de legat. 1.* quod etiam Mynſingero ad *§. ſiquidem, 29. Inſt. de legat. num.* 10. verius videtur. Plane ſi quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus eſſe dicatur, locus eſſe poteſt quæſtioni voluntatis propter rerum affinitatem *l. librorum, 52. §. quod tamen, 4. ff. de legat. 3. & ibi* Bart. Quin etiam generaliter idem admittendum putem, ſi aliquo colore uſuve loquendi vocabulum, quo teſtator uſus eſt, ad id, quod voluiſſe dicitur, extendi poteſt, *arg. l. ſi quis vinum, 9. pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* quod & Diod. Tuldenus probat in *commens. ad Inſt. tit. de legat.* c. 21. add. Duat. *ad l. 4. de leg.* 1. Pet. Fab. *lib. 2. ſemeſtr.* 14.

Quod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen utile ſit, modo de perſona aut re aliunde conſtet, id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, omni adjectione, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda teſtator erraverit, tamen legatum perinde valeat, ac ſi nullus error interveniſſet: dummodo conſtet, cui legare aut quam rem legare teſtator voluerit, *l. demonſtratio, 17. pr. & §. 1. l. falſa, 33. & l. ſeq. ff. de cond. & dem. §. huic proxima, 30. Inſt. de legat.* Ratio eſt quia nomen & demonſtratio mutua vice funguntur, aut demonſtratio vice nominis, *l. 6. ff. de reb. cred. l. nominatim, 34. ff. de cond. & dem.* Cæterum hæc regula ſive ſententia ſic in univerſum temperanda eſt, niſi quid aliud obſtet legato præter falſitatem demonſtrationis. Hoc autem obſervato facile removeri poterunt ple-

raque,

Digitized by Google

raque, quæ alioqui huic ſententiæ obſtare videntur. Nam primo ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet, ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, reſponſum eſt inutile eſſe hoc legatum; veluti ſi teſtator ita dixerit, *centum quæ in arca habeo, Titio lego*, ſi hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit, *l. ſi ſervus*, 108. §. *qui quinque*, 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. §. *ſed & ſi*, 7. *ff. de dot. prælég.* junct. *l. plane* 34. §. *ſed hoc ita*, 4. *ff. de legat.* 1. Prius enim eſt, ut ſit, quod legetur, quam legatum valeat aut dici poſſit falſa demonſtratione primi, *l. quibus*, 40. §. *pen. ff. de cond. & dem.* 2. Si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum eſſe legatum, non propter vitium demonſtrationis, ſed alia evidenti ratione, quia ſcilicet non apparet, quid quantumve legatum ſit, *l. ſi ſic legatum*, 75. §. 1. *de legat.* 1. 3. Eadem ratione inutile eſt & hoc legatum, *Quod Titio debeo, ei lego*, ſi teſtator neque debeat neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, legatum utile ſit, licet nihil Titio debeatur: quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat, *d. l.* 75. §. 1. *l. legavi*, 25. *ſub fin. ff. de lib. leg.* Sed etſi quantitas adjecta eſt, tamen ne ſic quidem ſemper utile eſt legatum in hujuſmodi ſpeciebus. Finge teſtatorem ita legaſſe, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*: Conſtat hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipſe debet, alii quam creditori legare non poteſt, ac proinde nec ſi falſum erit, legatum valebit. Nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis, id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. 5. Finge iterum legaſſe hoc modo, *Titio centum, quæ mihi debeo, lego*, cum Titius nihil deberet, nihil hic item eſſe in legato reſponſum eſt, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem ſive cauſam, *d. l.* 75. §. 2. *d. l. legavi*, 25. *verſ. quod ſi ſic*. Nimirum etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, niſi liberatio: quo legato hoc continetur, ut ſi heres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultro pulſari poſſit, ut debitorem liberet, *l.* 3. §. 3. *ff. de lib. leg.* Neutri vero horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. 6. Pari ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio, dicendum eſt inutile eſſe legatum, ſi Titius nihil debeat: quippe nec hic leguntur centum, quæ heres det, ſed actio, quam præſtet adverſus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut heres actiones ſuas præſtet, §. *tam autem*, 21. *Inſt. de legat.* nullas vero habere aut præſtare poteſt adverſus eum, qui nihil debet: quod Ulpianus in *d. l. ſi ſic legatum*, 75. §. 2. *de leg.* 1. breviter his verbis ſignificat, *eſſe enim debitor debet*. Poſtremo non obſtat huic ſententiæ, quod Papinianus reſpondiſſe ſcribit, falſam demonſtrationem non facere legatum, *l. cum tale*, 72. §. *ult. ff. de cond. & dem.* Neque enim hoc dicimus falſam demonſtrationem facere legatum, ſed non vitiare legatum. Legatum faciunt verba diſponentia, non demonſtrantia. Itaque in ſpecie illic a Papiniano propoſita, *ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta heres Sejo dato*, non Titius, ſed Sejus eſt legatarius, qui ſolus eſt in diſpoſitionem, eique quinquaginta debentur non obſtante vitio demonſtrationis. Titio autem, qui in demonſtratione eſt, debetur nihil. Jul. Pac. *cent.* 6. *quæſt.* 44.

C A P U T XXVIII.

An heres ob omiſſam inventarii confectionem amittat quartam, quam vulgo nunc Trebellianicam appellant? Et an ex eadem cauſa amittat legitimam?

LEGE duodecim tabularum licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & moleſtiam æris alieni, *l. verbis legis*, 120. *ff. de verb. ſign.* qua licentia cum teſtatores uſi eſſent, eveniebat plerumque ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis heredibus nullo ſuo aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice expedire putetur ſupremas hominum voluntates exitum habere, *l.* 5. *ff. teſtam. quemadm. aper.* viſum eſt ex uſu eſſe reipub. heredes juſto aliquo lucro ad adeundam hereditatem invitari, quo ſuprema judicia conſervarentur. Id quod commode fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet, tandem lege Falcidia perfecta eſt, qua cautum ne plus legare liceret, quam dodrantem totorum bonorum, *l.* 1. *ff. ad leg. Falcid. pr. Inſt. eod.* Procedente tempore ob eandem cauſam eadem lex producta eſt & ad fideicommiſſarias hereditates, cautumque SCto Pegaſiano, ut ei, qui rogatus eſſet hereditatem reſtituere perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis retinere conceditur, §. *ſed quia*, 5. *Inſt. de fideic. hered.* Cujus ſenatuſconſulti vim Juſtinianus poſtea transfudit in Senatuſconſultum Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hereditas, atque ex hoc eodem SCto quartam partem

tem

rem heres retineat, §. *ſed qui ſtipulationes*, 7. *Inſt. eod.* Unde interpretes quartam hanc appellaverunt quartam Trebellianicam: quamquam veteres & hanc ipſam vocant quartam Falcidiæ, aut commodum Falcidiæ, nunquam alio nomine, ut videre eſt in *l. coeredi*, 41. §. 3. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. l.* 2. §. *ult. ff. de jur. codicil. l. filiusfam.* 18. *pr. l. ſi a me*, 29. *l. in ratione*, 30. §. *tametſi*, 7. *l. lex Falcidia*, 41. §. 1. *l. Titia*, 86. *ff. ad leg. Falcid. l.* 2. *l.* 3. *l. mulier*, 22. §. 2. *l. ſi patroni*, 55. §. 2. *l. deducta*, 58. §. 3. *ff. ad ſenatuſc. Trebell. l.* 1. *l. quamquam*, 10. *& l. ſeq. C. ad leg. Falcid. &c.* Nimirum quia Senatuſconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta eſt, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſalia. Porro lex Falcidia hæredis potiſſimum cauſa lata fuit, ejuſdemque etiam gratia tracta ad fideicommiſſa hereditatis, *l. poteſt heres*, 71. *l. Titia*, 86. *in fin. ff. ad leg. Falcid.* junct. §. *ſed quia*, 5. *Inſt. de fideic. hered.* cui conſequens, ut nec teſtator teſtamento ſuo prohibere poterit, ne heres commodo Falcidiæ uteretur, *l. quod bonis*, 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius*, 19. *ff. ad ſenat. Trebell. l. ſi ut allegas*, 11. *C. ad leg. Falcid.*

Primus Juſtinianus Falcidiæ locum eſſe noluit, ſi teſtator expreſſim vetuerit heredem ea uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *in fin.* unde ſumpta *auth. ſed cum teſtator. C. ad leg. Falcid.* Idem Imperator jam ante caverat, ut etiam heres, qui inventarium facere neglexiſſet, beneficio legis Falcidiæ privaretur, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* quod & repetit *d. Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. Quæ Juſtiniani conſtitutiones occaſionem præbuerunt interpretibus quærendi, an quæ Imperator illic cavet circa quartæ Falcidiæ prohibitionem & amiſſionem, etiam pertineant aut trahi debeant ad quartam quam vocant Trebellianicam, ut & hujus detractionem teſtator poſſit prohibere, & heres quoque commodum ejus non confecto inventario amittat: Quæ forte quæſtio ab illis mota non fuiſſet, ſi id, quod modo diximus & demonſtravimus, obſervaviſſent, nunquam alio nomine veteribus quartam ſenatuſconſulti appellatam, quam Falcidiæ. Ex eo enim didiciſſent appellatione Falcidiæ etiam quartam ſenatuſconſulti contineri, nec improprie, ut illi, ſed proprie, ſi uſus proprietatem ſpectemus, non vocis. Ac proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio ubi nulla expreſſim differentia conſtituitur inter quartam, quam heres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hereditatis, quicquid de Falcidia jure cavetur, ex æquo ad utramque Falcidiam pertinere. Atque omnino veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum utrumque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Nunc vero tametſi crebrius eo itum eſt, atque id paſſim uſu receptum, ut etiam detractio quartæ ſenatuſconſulti ex auctoritate *d. Nov.* 1. *c.* 2. expreſſe prohiberi poſſit propter communem rationem prohibitionis permiſſæ, quæ hæc eſt, ut impleatur defuncti voluntas. Gomez. *lib.* 1. *reſol. c.* 5. *n.* 11. Clar. §. *teſtamentum*, *quæſt.* 62. Mantic. *lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 11. *& ſeq.* Everh. *in top. loc.* 34. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. nov. c.* 1. Perez. *par. C. ad ſenat. Trebell. n.* 20. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 20. *n.* 16. Gail. 2. *obſ.* 138. *n.* 15. Groenevv. *de leg. abrog. ad d. auth. ſed cum teſtator.* tamen ob inventarium non confectum major pars DD. cenſere dicitur heredem non amittere quartam Trebelliani, & ſecundum hoc ſæpiſſime judicatum eſt. Clar. *d.* §. *teſtamentum*, *quæſt.* 63. *deciſ. Cur. Holland.* 3. Gail. *d. obſ. n.* 3. *&* 6. Mynſing. 3. *obſ.* 60. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 317. *& vol.* 4. *deciſ.* 51. Perez. *in Cod. de jur. delib. n.* 14. Fach. 4. *contr.* 38. Groenevv. ubi ſupra. Quod profecto mirum eſt: nam & amiſſionis quartæ Falcidiæ ob non confectum inventarium eadem ratio eſt in herede fiduciario, quæ in herede Falcidio, violenta nimirum preſumptio fraudis & ſubtractionis rerum ab herede factæ, ob quam cauſam hanc pœnam eum luere vult Juſtinianus, *πονηρῶ*, ut ipſe loquitur, *τῆς ἑαυτοῦ κακουργίας, διότι παρέβη τὸν νόμον*, quæ præſumptio proinde abſoluta eſt, jurisque & de jure. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere, aut ſi tenetur, quod in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit, qui eadem pœna malignitatis ſuæ & *παραβάτου*, multetur: & alioqui liberam habebit graſſandi in hereditate facultatem. Sed & in *d. Nov. cap.* 1. *in pr.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus Juſtinianus agit: ad quos proinde & ſequentia recte referuntur, & quod in *d. cap.* 2. §. 1. *ejuſd. Nov.* traditur de citatione fideicommiſſariorum, etiam ad univerſales, quorum præcipue intereſt, pertinet. At inquiunt leges correctoriæ non ſunt extendendæ, odia reſtringenda, &c. Cur igitur inquam ex eo, quod Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ Falcidiæ, inferunt etiam conceſſum eſſe teſtatori prohibere retentionem Trebellianicæ? Quin etiam ipſi DD. communiter poſt Gloſſam in & per text. *cap.* 5. *Nov.* 118. admittunt etiam legis novæ & correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ut loquuntur, rationis. Gomez. ubi ſupra *num.* 12. & ibi citat. Denique nulla in propoſito fit extenſio, ſi veterum loquendi conſuetudinem, ut ante probavimus, ſpectemus. Atque hæc ſententia, refragante licet Diod. Tuld. *comm. ad Inſt. tit. de legat. cap.* 3. qui nec a teſtatore prohiberi poſſe quartæ ſenatuſconſulti detractionem contendit, mihi veriſſima videtur: quam etiam ſequitur Praeſ. Everh. *d. loc. num.* 5.

num. 5. Gudelin. *d. cap.* 11. Charond. *lib.* 13. *reſponſ.* 68. Ant. Fab. *Cod. for. ad ſen. Treb. defin.* 5. *& de jur. delib. defin.* 23. Cacheranus *deciſ. Pedemont.* 147. ſupra ſexaginta Doctores hujus ſententiæ aſſertores citati. Excipiunt vero liberos primi gradus; quoniam nec his prohiberi poteſt deductio quartæ Trebelliani, per *l.* 6. *Cod. ad ſenat. Trebell.* In quo tamen & ipſo inſignis & non unus error eſt. Primum quod firmamentum hujus exceptionis ponunt in *d. l.* 6. quæ Zenonis eſt, cum ante conſtitutionem Juſtiniani in *d. Nov.* 1. *cap.* 2. nec in extraneis Falcidiæ aut Trebellianicæ deductio prohiberi potuerit. Secundo quia illa exceptio non eſt de regula: nam reſpicit tantum liberorum legitimam, quæ eis ne nunc quidem ſine juſta cauſa auferri poteſt: admiſſa vero duplici in liberis detractione, de qua agimus quæſtione ſequenti, quin detractio Trebellianicæ, in qua non liberorum, ſed cujuſvis alterius heredis jure cenſentur, iis prohiberi poſſit, nullus dubito. Tertio quod ſolos liberos & primi gradus excipiunt, cum excipiendi ſint omnes, quibus legitima relinqui debet, quique ea non relicta de inofficioſo queri poſſunt, proinde parentes quoque, item fratres ac ſorores conſanguinei rogati hereditatem reſtituere turpi perſonæ. Poſtremo quod eandem exceptionem ponunt etiam ubi liberi heredes Falcidii aut Trebellianici inventarium facere neglexerunt: de quo mox ex profeſſo. Plane ſi heres pure rogatus hereditatem reſtituere, eam ſtatim quoque reſtituerit, poterit excuſari, eo quod ideo videatur omiſiſſe confectionem inventarii, quia id onus jam non ad ſe, ſed ad fideicommiſſarium pertinere exiſtimavit.

Proxima ſuperiori quæſtio eſt, an liberi ex cauſa non confecti inventarii amittant legitimam? qui negant extraneum heredem ob non confectum inventarium amittere Trebellianicam, iidem non potuerunt non negare liberos ex eadem cauſa amittere legitimam. Sed tamen & qui affirmant ex ea cauſa extraneos amittere Trebellianicam, negant tamen liberos amittere legitimam. Et quamvis explorati juris ſit, hanc eſſe pœnam heredis inventarii confectionem omittentis, quod privetur quarta Falcidiæ, tamen ob eandem cauſam liberos non privari legitima longe pars maxima Interpretum pro comperto habet. Gail. 2. *obſ.* 138. *num.* 14. Fachin. *lib.* 4. *controv. cap.* 34. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 317. *num.* 6. *& ſeqq.* Ant. Fab. *Cod. ſuo for. de jur. deliberand. defin.* 23. *& ad ſenat. Trebell. defin.* 5. ubi in notis ait, neminem dubitare, quin liberis ſalva maneat retentio legitimæ, etiamſi inventarium facere neglexerint. Sed tamen non unus eſt, qui contrarium docuit, Salicet. *in auth. ſed cum teſtator, Cod. ad leg. Falcid. & in l. ult. §. ſi quis autem num.* 4. *Cod. de jur. delib.* Sarmient. *lib.* 2. *ſelect. interpr. c.* 7. Covar. *in c. ſi heredes*, 10. *ext. de teſtam.* Cacheran. *deciſ.* 148. *a num.* 1. *uſque ad* 6. & inter alios quoque Cujac. *in expoſ. d. Nov.* 1. eamque ſententiam etiam probatam fuiſſe viro clariſſimo D. Petro Cunæo beatæ memoriæ Collegæ quondam meo, in poſterioribus ejus curis manuſcriptis comperi: & veram eſſe ipſe quoque exiſtimo. Enim vero ſi quæſtio ita, uti potius oportebat, proponeretur, an etiam in liberis ob inventarium non confectum locus eſſet præſumptioni κλοπῆς & κακουργήματος, quod hereditas fuerit ſolvendo, & ſi nihil ſurripuiſſent, μηδὲν ὑπεξῄρηνται, quod legatis & fideicommiſſis exſolutis ſatis adhuc ad quartam Falcidiæ aut legitimam iis ſupereſſe appareret: neſcio an multi hoc negaturi ſint: nam ſane cum Juſtinianus in *d. Nov.* 1. *cap.* 2. ſimpliciter & ſine ulla heredum diſtinctione loquatur, eam ad heredes extraneos reſtringere difficile eſt. Quin idem Imperator in *l. ult.* §. 1. §. 2. *& §. ſin vero*, 12. *Cod. de jur. delib.* diſerte loquitur tam de ſuis heredibus ſe immiſcentibus, quam de extraneis adeuntibus. Et cum utique etiam liberi inventarium facere teneantur, fieri nequit, ut eo omiſſo non in eandem quoque pœnam propter præſumptionem, quam diximus, cum cæteris incidant, & Falcidiæ beneficio priventur, ſolidaque legata & fideicommiſſa præſtare debeant, etſi vires excedant patrimonii. Si igitur tenentur de propria ſubſtantia πληρῶσαι, complere legatarios & fideicommiſſarios *d. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2. *in pr.* quis color hic prætexi poterit deductioni aut retentioni ſive Falcidiæ ſive legitimæ? Unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hic efficiunt: unde & ipſa legitima a Papiniano & Ulpiano Falcidia appellatur in *l. Papinianus*, 8. *§. meminiſſe*, 14. *in fin. ff. de inoff. teſtam.* ut & ab ipſo Juliano in *l. quæ nuper*, 31. *Cod. de inoff. teſtam.* atque aucta legitima etiam Falcidia in liberis aucta intelligi debet. Govean. *lib.* 2. *var. lect. c.* 1. Cujac. *ad Nov.* 18. *cap.* 1. Quid quod poſita ſuperiore προλήψει, quam probavimus eſſe juris & de jure, non tam amittunt liberi legitimam, quam eam integram jam habere præſumuntur. Non magni itaque momenti ſunt, quæ objiciuntur: qualia quod legitima debeatur tanquam æs alienum; quod nullum recipiat onus aut gravamen: quod non niſi ex cauſis, quæ de inofficioſo querelam excludunt, amittatur. Nam proprie loquendo legitima non eſt debitum, ac ne naturale quidem, quamvis ita propter certos effectus vocetur in *l. ſcimus*, 36. §. 2. *Cod. de inoff. teſtam. l. un. in pr. C. de impon. lucrat. deſcript.* & adita non confecto inventario hereditate confunduntur actiones, hereſque

quod

quod ſibi a defuncto debetur, amittit, *l. ult. §. in computatione, 9. Cod. de jur. delib.* nec querela datur, niſi præteritis aut exheredatis: denique nec ex cauſa ingratitudinis aut inobedientiæ hanc ſententiam defendimus, ſed ex ſupradicta ratione legis præſumentis inventarium non facientes ipſos ſibi ſatis proſpexiſſe, niſi quis exiſtimet, quod humanum videtur, hanc præſumptionem contra liberos non eſſe tam vehementem, quin per rei veritatem elidi poſſit, ſi forte ipſi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non eſſe ſolvendo doceant; maxime cum legatarii & fideicommiſſarii certent de lucro captando: quo inclinare videtur Bachovius ad *Treutl. vol. 2. diſp. 12. theſ. penult.*

CAPUT XXIX.

Filius hereditatem reſtituere rogatus quo jure duplici deductione utatur? & quid hic uſu receptum?

VERISSIMA ſententia eſt, filium hereditatem reſtituere juſſum jure civili unica deductione ſive legitimæ ſive Trebellianæ portionis contentum eſſe debere: atque oppido quam alienum eſt a ratione juris civilis, quod de duplici detractione jure Pontificio cautum eſt in *c. Raynutius, 16. & c. Raynaldus, 18. ext. de teſtam.* Rationes hæ ſunt. Primum quia harum portionum hoc proprium eſt, ut una in alteram imputetur, & conſequenter altera alteram conſumat, *l. mulier, 22. §. 2. ff. ad SC. Trebell. l. in quartam, 91. ff. ad leg. Falcid.* junct. *l. ſi quando, 35. §. 2. C. de inoff. teſtam. l. 8. §. ſi quis, 15. ff. eod.* 2. Quia alias eadem ratione etiam quartam Falcidiæ de legatis & fideicommiſſis ſingularium rerum, & ſimul legitimam filius heres inſtitutus detrahere deberet: quod tamen nemo dixit: quamquam id tentat Zypæus apud Chriſtin. *vol. 1. dec. 245. n. 12.* ſed arg. juris in *d. c. Raynutius*, conſtituti. 3. Quia ſic heres fideicommiſſarius non niſi ſemiſſem hereditatis, & nonnunquam etiam minus conſequeretur, nempe eo caſu, quo propter numerum liberorum ipſa legitima eſt ſemis. 4. Quia ubi ex alia lege portionis alicujus fit deductio, lex Falcidia & SCtum ceſſant, *l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid. l. Papinianus, 8. §. 9. 11. & §. ſi quis, 15. ff. de inoff. teſtam.* 5. Quia teſtatoribus omnibus jure civili conceſſa eſt libera poteſtas diſponendi de dodrante totorum bonorum, *l. 1. ff. ad leg. Falcid.* & parentibus utique aucta poſtmodum quantitate Falcidiæ ſeu legitimæ in liberis, de beſſe aut ſemiſſe. 6. Per textus expreſſos in *l. coheredi, 41. §. 3. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. 6. C. ad ſenat. Treb. l. liberto, 21. §. 2. ff. de ann. legat. l. filium, 24. C. fam. erciſ. l. quamquam, 16. Cod. ad leg. Falcid.* quibus omnibus locis in terminis noſtris quadrante dumtaxat retento dodrans reſtituitur. Denique ipſe Juſtinianus *Nov. 1. c. 1. §. 1.* ſatis aperte ſolius legitimæ deductionem liberis oneratis concedit. Eſtque veritatis hujus ſententiæ tanta evidentia, ut & veterum interpretum multi, Joan. Gloſſat. Cynus, Bart. Bald. Fulgoſ. Jaſon. &c. ipſaque Gloſſa in *d. c. Raynutius*, & recentiores fere omnes, non modo Hotomannus *quæſt. illuſtr.* 43. Donellus *lib. 7. comm. cap. ult.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. diſp. 14. theſ. 1.* ſed etiam Pontifici Romano addicti, Goveanus in *l. 1. ad leg. Falcid. num. 9. & 10.* Cujac. 8. *obſerv.* 3. Gail. 2. *obſ. 121. n. 4.* Ant. Fab. *dec. 11. err. 7. & C. forenſ. de codicill. defin. 7.* Tulden. *in C. ad ſenat. Trebell. n. 4.* Perez. *ad Cod. eod. tit. n. 11.* veram eam eſſe ultro fateantur, Pontificeſque Innocentium & Gregorium excuſent, quod ſecuti communem interpretum errorem ſecus conſtituerint. Pauci vero admodum ſunt ex neotericis, qui etiam juri civili convenire conſtitutionem Pontificiam contendunt, atque inter hos facile primas tenet And. Fachinæus *lib. 5. controv. c. 2.* Cæterum ille in hoc ab aliis, Anton. Contio *lib. 1. diſp. jur. civil.* Peregrino *tract. de fideicomm. art. 3. num. 5.* diſcrepat, quod ingenue fatetur duplicem illam detractionem legitimæ ſimul & Trebellianicæ non convenire juri Digeſtorum aut Codicis, eamque tantum defendit quaſi conſentaneam juri noviſſimo conſtitutioni videlicet Juſtiniani *Nov. 39. cap. 1.* cæteri vero quaſi convenientem & juri antiquiori. Horum argumenta cum jam dudum a doctis viris pleniſſime confutata ſint, & noviſſime a nobiliſſimo & cl. viro D. Jac. Mæſtertio, Collega noſtro *lib. 2. de juſt. leg. Rom. c. 48.* nos eorum ſummam dumtaxat colligemus, breviterque ſingulis reſpondebimus: deinde nobis res erit cum D. Fachinæo.

Ajunt igitur, cum duæ iſtæ quartæ ex diverſo jure promanent, legitima ex jure naturæ, Trebellianica ex SCto, alteram alteri obeſſe non oportere; quemadmodum nec prælegata imputantur in Falcidiam, ſed heres & ea ex beneficio teſtatoris, & Falcidiam ex legis auctoritate obtinet. 2. Quod legitima detrahatur tamquam a filio, Trebellianica tanquam ab herede; nihil autem abſurdi ſit, unum & eundem duplicem ſuſtinere perſonam, & inde duplex commodum capere, *l. ſi tutorem, 22. ff. de his quæ ut indign.* 3. Quod novum non eſt, ut duplex deductio ex gemina deducendi cauſa concedatur, *l. quotiens, 67. ff. ad leg. Falcid.* 4. Argumentum ducunt ex *l. 3. §. 2. ff. eod.* ubi duplex deductio permitti videtur Falcidiæ & Trebellianicæ. 5. Quod æs alienum non imputetur in quartam. Ad primum reſpondeo, id non procedere, quando utrumque ejus naturæ eſt, ut unum alterum excludat, *l. 34. ff.*

de

l. O. & A. Deinde imputari in Falcidiam, quicquid heres jure hereditario capit, quo jure in propoſito filius legitimam conſequitur: in Trebellianicam de cujus detractione hic diſputamus, etiam quod jure legati aut fideicommiſſi, *l. in quartam, 91. ff. ad leg. Falcid. l. mulier, 22. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell.* ſicut & in legitimam, *l. 8. l. ſi quando, 35. C. de inoff. teſt. §. ult. Inſt. eod.* Ad ſecundum reſpondemus ex *l. 8. §. ſi quis, 15. ff. de inoff. teſt. & l. 1. §. pen. ff. ſi cui plus quam per leg. Falcid.* ubi itidem unus & idem duas perſonas ſuſtinet: & tamen una duntaxat quarta deducitur. Hoc tantum inde ſequitur, filium optionem habere utro jure alterutrum conſequi velit. Quid quod nec verum illud eſt, quod ajunt, filium in propoſito duplicem ſuſtinere perſonam: nec enim aliter hic conſiderari poteſt, quam ut a patre heres inſtitutus, quamvis oneretur fideicommiſſo. Ad tertium, unam tantum quartam in ſpecie *l. 67. ff. ad leg. Falcid.* deduci, heredemque partem retinere ſuo jure, partem vitio legatarii. Ad quartum, in caſu *l. 3. §. 2. ff. ad ſenat. Trebell.* duplicem quidem deductionem fieri, unam de legatis, alteram de fideicommiſſo, ſed quæ ſi aſſem ſpectamus, unius tantum quadrantis deductio eſt. Ad quintum, quod legitima neque eſt in bonis filii, neque filio ut æs alienum debetur, alioqui neque per exheredationem ea privari poſſet. Quin nec debitum eſt naturale: nullam enim certam portionem in bonis parentum filiis natura definivit: ſed improprie tantum ita vocatur propter varia privilegia, quibus Imperatorum conſtitutionibus donatur, & quia liberis non niſi ex graviſſimis cauſis ea adimi poteſt. Solum autem verum debitum heres ſeorſum deducere poteſt, idque demum novo jure ei conceſſum, & non niſi confecto inventario ſecundum conſtitutionem Juſtiniani in *l. ult. §. in computatione, 9. Cod. de jur. delib.* Jam videamus quid ex noviſſimo jure pro tuenda illa duplici detractione afferat D. Fachinæus. Ille ex *Nov. 39. cap. 1.* ſic argumentatur: Quod filius reſtituere juſſus eſt, de eo illic poteſtas ei ſit detrahendi quartam ex auctoritate SCti: at hoc tantum quod legitimam excedit, juſſus eſt reſtituere: quia legitima fideicommiſſo gravari nequit, &c. Reſpondeo verbis teſtatoris hereditatem reſtitui rogantis etiam legitimam, ut ipſius hereditatis portionem contineri, & legibus ſatisfieri, ſi legitimam filius quoquo modo ſalvam habeat. Nam nec ante illam Juſtiniani conſtitutionem legitima fideicommiſſo onerari potuit: ſed hoc ſcilicet effectu non potuit, ut filius ea vel parte ejus privaretur. Sic olim nec Falcidia nec Trebellianica fideicommiſſo gravari potuerunt, quæ tamen portiones ſunt hereditatis, & quod dicitur legitimam non recipere ullum onus, accipiendum eſt de onere, quod ex diſpoſitione teſtatoris proficiſcitur, *l. 32. Cod. de inoff. teſt.* non de eo, quod ex ipſo jure hereditario exurgit, de quo vide *quæſt. 22. lib. 1.* Quin potius ex illa ipſa *Nov. 39. c. 1.* recte colligas, non poſſe filium plus quam portionem legitimam deducere, quia excipitur tantum caſus unus favorabilis, nempe ſi legitimæ deductio non ſufficiat ad juſtum dotis vel antenuptialis donationis modum: ultra vero quam ſatis ſit, quicquam deduci non permittitur, *auth. res quæ, C. comm. de legat.* Inſtat tamen Fachinæus, & hoc præcipue urget, quod legitima illic ipſo jure videtur eximi fideicommiſſo, nempe ut id intra beſſem conſiſtat; cujus proinde delibatio & SCto recte fiat: quippe quod non minus ſuffragetur partem reſtituere rogato, quam totum aſſem. Reſpondentibus autem hoc obtinere in eo, qui tantum partem illam accepit, reliquo in cohæredes diſtributo, reponit filium ex providentia legis, non ex judicio patris, legitima potiri: ea vero demum in quadrantem Trebellianum imputari, quæ ex teſtamento obtinentur. At, inquam, ſi illud argumentum vim ullam haberet, etiam jam olim valere debuit. Deinde facile probatu eſt in caſu propoſito legitimam ex teſtamento, jureque hereditario ad filium pervenire: quoniam in caſu filii inſtituti legitima hereditatis pars eſt, quæ non abſorbetur fideicommiſſo; quippe quod intra beſſem conſiſtit, ut ipſe fatetur Fachinæus: & præſumendum eſt teſtatorem voluntatem ſuam ſubmiſiſſe auctoritati juris. Et quid quod alioqui filius vi ipſa a tota hereditate videbitur excluſus, quod neſcio an quiſquam adhuc dixerit. Non movet, quod dos filiæ hereditatem reſtituere rogatæ non imputetur, quoniam non eſt in hereditate patris, ut reſpondet Papinianus in *l. pater filiam, 14. ff. ad leg. Falcid.*

Quod alterum membrum noſtræ quæſtionis attinet, lippis & tonſoribus notum eſt, jus illud duplicis detractionis, legitimæ ſcilicet & Trebellianicæ jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis conceſſum in foro & judiciis ubique receptum eſſe. Cæterum hæc adhuc incerta ſunt. 1. Utrum illud jus tantum obtinere debeat in liberis primi gradus, an vero & in liberis graduum inferiorum. 2. An id obtineat in liberis fideicommiſſo puro gravatis, quod ſtatim reſtituendum eſt: an vero in gravatis fideicommiſſo conditionali aut in diem duntaxat. 3. An etiam obtineat, quando legitima liberorum excedit trientem. Quantum attinet ad primum dubium, And. Gailius *lib. 2. obſ. 133. n. 4.* jus duplicis detractionis, tanquam ex communi opinione, reſtringendum putat ad liberos primi gradus, motus argumento, *l. jubemus, 6. C. ad ſenat. Trebell.* ubi Zeno liberis primi gradus, filiis aut filiabus heredibus inſtitutis & hereditatem reſtituere rogatis hoc beneficium concedit, ut ne cogantur fructus perceptos imputare in quartam Trebelliani: quod ad nepotes

aut

aut ulteriores ab avo vel proavo inſtitutos & ſimiliter gravatos non pertineat; quam ſententiam etiam probaſſe videtur ſupremus Hollandiæ ſenatus *deciſ. 9.* expreſſe eam probavit Curia Friſ. apud Joan. a Sande *lib. 4. tit. 7. defin. 6.* & Senatus Sabaudiæ. Anton. Fab. *Cod. forenſ. lib. 6. tit. 27. defin. 4.* Cæterum etſi vera quidem eſt hæc ſententia in nepotibus, quibus non debetur legitima, ſive quos paret, ex quo nati ſunt, præcedit, & efficit, ne avo ſint gradu proximi: nulla tamen profecto ratio eſt; cur non idem jus quod filio competit, ſummoto filio concedatur nepoti, qui jam proximum ab avo, & primum in ſuo ordine gradum obtinet, idemque plane juris in bonis avi habet, quod pater in cujus locum ſucceſſit, habiturus fuiſſet, ſi vixiſſet, in bonis patris ſui, idque jure utroque & Canonico & civili. Atque omnino eodem quoque modo accipienda & temperanda eſt illa modo memorata Zenonis conſtitutio. Per. de Bellaperr. in *d. l. jubemus*, & plures allegari apud Sande *d. loc. defin. 6.* Græv. 2. *concl.* 121. *n. 6.* & ita cenſuit Curia Hollandiæ *deciſ. 17. ſub fin.*

Secundum dubium peperit doctrina Gloſſæ in *l. 8. §. meminiſſe*, 14. *ff. de inoff. teſt.* diſtinguentis inter fideicommiſſum purum, quod illico reſtituendum eſt, & conditionale vel in diem, quod non ſtatim in reſtitutionem venit: nempe priori caſu filium unum tantum quadrantem, ſive legitimum, ſive Trebellianum deducere; poſteriore utrumque legitimum ſtatim, ut natura ſibi debitum: Trebellianum, ut quemlibet extraneum ex auctoritate SCti: quam diſtinctionem Bartolus in *l. quamquam*, 13. *Cod. ad leg. Falcid.* & DD. comm. *in l. 6. Cod. ad ſenat. Trebellian.* ſecuti ſunt, ut & Covar. *in d. cap. Raynutius*, Gail. 2. *obſ.* 121. & Senatus Sabaudiæ apud Ant. Fab. *cod. ſuo for. de codicill. defin. 7.* Rationem hanc afferunt, quod duæ deductiones eodem tempore concurrere nequeunt, & ideo cum fideicommiſſum purum eſt, una alteram impediat: cui & hanc addit Anton. Faber, non tamen ex ſua, ſed ex ſenatus Sabaudici ſententia, quod eo caſu dici non poſſit, utra prior deduci debeat. At cum ſub conditione vel in diem filius gravatus eſt, ſtatim ut filius deducit legitimam; ſed demum exiſtente conditione aut veniente die deducit Trebellianicam, non ut filius, ſed ut quilibet heres extraneus hereditatem alteri reſtituere rogatus. Ego vero ſæpe miratus ſum hanc diſtinctionem cuiquam probari potuiſſe: quippe quæ nulla auctoritate, & ratione tam futili nitatur. Quin potius ex contrario filio rogato pure hereditatem reſtituere duplex permittenda detractio, quia durius gravatur, quam rogato ſub conditione aut in diem, qui interim commodum hereditatis ſentit, nec fructus perceptos quadranti SCti imputat, *l. 6. Cod. ad ſenat. Trebell.* Quamobrem recte conſilium Mechlinienſe in arreſto reviſionis, rejecta illa Gloſſæ & Bartoli diſtinctione, cenſuit, liberos non minus pure, quam ſub conditione aut in diem hereditatem reſtituere rogatos utrumque commodum deducere poſſe juxta *dd. cc. Raynutius, & Raynaldus*, in quam ſententiam extat & arreſtum præfecturæ Pariſienſis apud Ann. Robertum *lib. 4. rer. jud. cap. 17.* eamque & Curia Hollandiæ ſecuta eſt *deciſ. 17.* & Curia Friſiæ apud Sande *lib. 4. tit. 7. defin. 4.* De tertio quid ſtatuendum ſit, adhuc minus liquet. Equidem Baldus *lib. 2. conſ. 94.* ex facto conſultus reſpondit, ubi legitima portio pro numero liberorum eſt ſemis, non duplicem portionem, ſed unam tantum, nempe legitimam detrahi, adjecta hac ratione, ne plus ex hereditate capiat, qui eam reſtituere juſſus eſt, quam is, cui ea eſt reſtituenda, plus is, qui gravatus eſt, quam qui honoratus. Baldum ſecutus eſt Decius *conſil. 228. ſub fin.* item Covar. *in d. cap. Raynutius*, §. 11. *num. 6.* ubi ait Molinæum huic ſententiæ ſubſcribere *lib. 7. conſ. 3.* Sed & uſu ita ſervari videtur innuere Anton. Fab. *error. pragm. dec. 11. e. 9.* ubi aſſerit pragmaticos, ſive legitima ſit triens, ſive ſemis pro numero liberorum; ſemper ita ſtatuere, ut ſi quis ex liberis portionem, quam ab inteſtato habiturus eſſet, juſſus ſit reſtituere, hereditas æquis partibus inter heredem gravatum & fideicommiſſarium dividi debeat. Atque ita quoque ſupremum apud nos ſenatum aliquando judicaſſe accepi. Alii tamen contra ſtatuunt nempe liberos gravatos, quo caſu legitima eorum ſemis eſt, deducere poſſe ſeptuncem cum ſemuncia. Cravett. *conſ. 50.* Cagnol. *ad l. Papinianus*, 8. §. *meminiſſe*, 14. *ff. de inoff. teſtam.* Teſſaur. *deciſ. Pedemont.* 252. Joan. a Sande *deciſ. Friſic. lib. 4. t. 7. deciſ. 7.* Fachin. *lib. 5. cont. c. 3.* ubi & hanc ſententiam communem aſſerit; uti & Græv. *d. concl.* 121. *conſid. 1. n. 2. & 3.* qui etiam plures allegat. Atque eo quoque inclinare videtur Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 245. num. 7. & deciſ. 315. in fin.* quamquam nihil definit. Et poſterior hæc ſententia probabilior eſt, ſive verba ſive rationem conſtitutionis Pontificiæ in *d. cap. Raynutius*, conſideremus. Nam & ſine ulla reſtrictione numeri liberorum gravatis duplicem detractionem concedit, legitimæ & Trebellianicæ: & ideo concedit, quia altera illis ut liberis debetur, alteram etiam quilibet extraneus reſtitutione gravatus deducit. Nec magis abſurdum eſt v. c. quinque liberos nomine legitimæ plus detrahere, quam quatuor aut pauciores, quam abſurdum eſt iis nomine legitimæ plus deberi; nec quinque liberos ſimul paulo plus, pro favore tam copioſæ ſobolis, ex bonis parentum conſequi quam extraneum forte unum, cui reſtituenda hereditas. Sunt qui & ad parentes

rentes

Digitized by Google

rentes id jus producunt, ut & ipſis hereditatem rogatis reſtituere duas quartas detrahere liceat. vid. Vaſq. *tom. 2. de ſucceſſ. progreſſ. lib. 3. §. 26.* Græv. *d. concl. 121. conſid. 2. num. 6.* ſed cur igitur non etiam ad fratres iidem producunt rogatos hereditatem reſtituere turpi perſonæ: nam & illi exheredati aut præteriti hoc caſu de inofficioſo agere poſſunt. vid. Cravett. *conſ. 10.*

CAPUT XXX.

Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in ſtirpes, an in capita ſuccedant?

QUÆSTIO hæc a multis tractata eſt: ſed neſcio an ab ullo ita, ut nihil amplius deſideres, & qui ſcrupulum omnem penitus exemerit. Jure veteri certum eſt fratrum filios in capita non in ſtirpes ſucceſſiſſe, *l. 2. §. 2. ff. de ſuis & leg. her.* nec de hoc jure quicquam mutatum conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum, ac ne Juſtiniani quidem in Codice *l. pen. & l. ult. §. 4. Cod. de legit. hered. §. hæc etiam, 4. Inſt. de leg. agn.* Nec mirum, quia & nunquam jure repræſentationis veniebant, ut cum thiis concurrerent, aut patruos excluderent defuncti, ejuſve fratres licet ex uno parente duntaxat conjunctos; niſi prærogativa agnationis: non enim cognatis, ſed agnatis proximis lege deferebatur hereditas, *l. 2. §. legitima, 4. ff. de ſuis & legit. hered. §. 1. Inſt. de leg. agn. ſucceſſ.* quam agnationis prærogativam demum penitus ſuſtulit Juſtinianus *Nov. 118. c. 4.* unde ſumptæ authenticæ, quas Irnerius *t. C. de legit. her.* inſeruit. Eadem autem Juſtiniani conſtitutio cauſam dedit quæſtioni, quam hoc loco tractandam ſuſcepimus. Sic igitur ille in *cap. 3. d. Nov. 118.* tertium ſuccedentium ab inteſtato ordinem, id eſt, lateralium, ſublato veteri agnationis & cognationis diſcrimine, diſponit.

Primum in hac ſucceſſione locum obtinere vult fratres ſororeſque germanos ſive ex utroque latere conjunctos, cum quibus tamen admittit & fratrum eorum defunctorum filios jure repræſentationis: ut tantam partem ferant, quantam pater eorum habiturus fuiſſet: & quamvis ſoli ſint, eos tamen vult præferri defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis; quemadmodum pater eorum, ſi vixiſſet, non tantum thios defuncti, ſed etiam eoſdem defuncti fratres, tam conſanguineos, quam uterinos vi ejuſdem conſtitutionis excluſiſſet. Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres conſanguinei idem jus habent, quod germani, & ad patruos æque ut ad fratrum filios legitima hereditas pertinet, nec non ad avunculos æque ac ad filios ſororum honoraria, *l. 1. §. antepen. & pen. l. 2. §. 4. ff. de ſuis & leg. her. l. 1. §. pen. ff. unde cogn.* Poſt fratris germanos eorumque demortuorum filios ad hereditatem vocat fratres defuncti ex altero tantum parente conjunctos, conſanguineos & uterinos, unaque cum his eorum præmortuorum filios in ſtirpes. Quod ſi neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, tunc admittit collaterales cæteros, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione junctos. Quo autem quiſque proximior eſt, ita alterum vult excludere: & ſi plures ſint ejuſdem gradus, in capita familiam erciſci. Hinc, inquam nata eſt propoſita quæſtio; Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, ſeu quando non concurrunt cum thiis ſuis, id eſt, patruis aut avunculis, in ſtirpes ſuccedere debeant, ut ſi unus e fratribus filios pauciores, unum forte aut duos, alter plures, quatuor puta aut quinque reliquerit, hi quatuor aut quinque non majorem partem conſequantur, quam ille unus aut duo, an vero in capita, ut in tot partes hereditas dividatur, quot ſunt perſonæ ſuccedentium. Azo cenſuit eos in capita ſuccedere; Accurſius in ſtirpes. Azonis ſententia vi ipſa unico tantum defenditur argumento, nempe quod ea & juri veteri, & poſterioribus quoque conſtitutionibus conſentanea ſit nec oſtendi poſſit Juſtinianum quicquam in caſu propoſito innovaſſe. Accurſius eumque ſecuti prius fatentur, poſterius negant, & in hac quoque parte jus vetus a Juſtiniano mutatum contendunt, moti variis rationibus. Sic enim illi primo argumentantur; Qui jure repræſentationis ſuccedunt, non aliter ſuccedere poſſunt, quam in ſtirpes, cum non amplius capere poſſint, quam is, cujus perſonam repræſentant, accepturus fuiſſet, *§. cum filius, 6. Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis. Ergo &c. Qui partes Azonis tuentur, reſpondent falſam eſſe illius argumenti aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, quod hic quæritur, accipiatur, id eſt, quando fratrum filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianum in *d. c. 3. Nov. 118.* eo tantum caſu filios fratrum jure repreſentationis ſuccedere velle quando concurrunt cum thiis ſuis: quippe cum hoc caſu ex ſua perſona ſuccedere non poſſint, quoniam uno gradu remotiores ſunt fratribus defuncti, ne his injuria fieri videatur, jus repræſentationis introducendum fuiſſe, ut in patris ſui locum ſuccederent, atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non ſit, cum ſoli reperiuntur, & propria ex perſona ſuccedere queant. Neque enim generaliter voluiſſe Juſtinianum, ut ſemper eſſe repræſentationi locus filiis fratrum ſuccedentibus vel ex eo liquere, quod non ſtatim idem jus conſtituit, cum fratres ſuccedunt una cum parentibus, quod fecit demum *Nov. 127.*

Secundo proferunt Accurſiani exemplum nepotum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere,

Digitized by Google

ſere, ſive ſuccedant cum patruis ſuis, ſive ſoli, quaſi poſt conſtitutionem Juſtiniani eadem plane ſucceſſio filiorum fratrum, quæ nepotum & olim fuit & nunc eſt. Sed bene reſpondent ſectatores Azonis duas haſce ſpecies certo jure diſtinctas eſſe. In linea recta deſcendentium nunquam proximitatem ſpectari, §. *cum filius*, & §. *ult. Inſt. de her. quæ ab int.* in linea tranſverſa perpetuo & ſolum, *Inſt. de leg. agn. ſucc. in. pr.* & *pr. inſt. de ſucc. cogn. l. 3. C. de leg. her.* unde unum tantum illum caſum, nempe cum fratrum filii cum thiis ſuis concurrunt, excеperit Juſtinianus. Denique & hoc vel maxime Accurſius urget, quod fratrum filii excludunt defuncti patruos & avunculos, qui eodem gradu ſunt, *d. c. 3. verſ. quandoquidem*. Cui argumento reſpondetur, quod etiam excludunt fratres ex uno tantum latere conjunctos, qui uno gradu ſunt proximiores; nec tamen inde ſequatur eos hoc caſu ſuccedere jure repræſentationis, non magis quam ſi quis dicat, filius & filia excludunt patrem & matrem, qui eodem gradu ſunt, ergo ſuccedunt jure repræſentationis: aut frater ex utroque parente defuncto conjunctus prærertur fratri ex altero dumtaxat conjuncto, qui tamen eodem gradu eſt, ergo jure repræſentationis ſuccedit. Concludit igitur Azo fieri poſſe, ut aliqui pari gradu conſtituti jure proximitatis ſoli ſuccedant excluſis iis, qui eodem gradu, aut etiam proximiores ſunt, ſi illorum jus ſit potius: ſicut ex conſtitutione Juſtiniani potius eſt jus filiorum fratris, tamquam deſcendentium, quam patruorum, qui inſtar ſunt adſcendentium, & jus fratrum germanorum, eorumque filiorum propter duplex vinculum, quam conſanguineorum tantum aut uterinorum. Hotom. *illuſtr. quæſt. cap.* 14. Zaſ. *lib.* 1. *intellect. ſing. cap.* 7.

Atque hæc quidem ita pro defenſione Azonis ſententiæ, cui & ipſe alibi acquieſco, non improbabiliter diſputari videntur: ſed vereor ne non ſatis ex mente & ſententia Juſtiniani. Sane verbis *d. Nov.* 118. *cap.* 3. Azonis opinio minus convenit. Poſtquam enim Juſtinianus fratrum germanorum filios una cum fratribus germanis ad ſucceſſionem defuncti admiſiſſet jure repræſentationis, ut ſcilicet locum patris ſui obtinerent, & tantum conſequerentur, quantum pater eorum habiturus fuiſſet; mox ſubjicit, ὅσον ἀπ' αὐτῶν ἐστιν, unde conſequens eſt, ut iſtorum fratrum filii fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præponendi ſint. Ex quo vero? ex eo nempe, quod eos venire voluit ex perſona patris ſui. Hinc enim conſequens eſt, ut fratribus defuncti conſanguineis tantum aut uterinis præferantur, ſicuti pater eorum, ſi viveret iiſdem præponeretur, ut ipſe Imperator ibidem ait. At inde inquam ergo & hoc conſequens eſt, & ſententiæ Juſtiniani conveniens, ut etſi defunctus nullos fratres germanos reliquit, ſed horum filios dumtaxat, fratreſque uterinos aut conſanguineos, iſti fratrum germanorum filii hoſce thios ſuos excludant non proprio aut proximitatis jure, ſed repræſentationis: ac proinde non in capita, ſed in ſtirpes hereditatem dividere debeant. Præterea in *d. cap. 3. verſ. quandoquidem igitur*, ait Juſtinianus ex eo, quod filiis fratrum tam ex uno quam ex utroque latere conjunctorum talem prærogativam, τοῦτο προνόμιον dedit, manifeſtum eſſe eos etiam thiis defuncti præponendos eſſe, quamvis gradu paribus: unde iterum liquet, eos ne hoc quidem caſu ex ſua perſona, quia ſunt proximiores, thiis defuncti anteponi, ſed ex perſona patris ſui, quem repræſentant, & cujus locum ſubeunt, ac proinde etiam hoc caſu non in capita, ſed in ſtirpes ex ſententia Juſtiniani eos ſuccedere neceſſe eſt. Etenim omnino hic conſiderandum eſt, quod Juſtinianus, ut apparet ex tenore totius iſtius, *cap.* 3. *Nov.* 118. jus repræſentationis introduxit non ad hoc ſolum, ut filii fratrum poſſent concurrere & ſimul cum fratribus defuncti, a quibus alioqui jure proximitatis excluderentur, ſuccedere: verum etiam ad excludendos alios, qui alioqui cum iis concurrerent, thios nimirum defuncti, qui pari ſunt gradu, & alias obſtarent, quominus illi ſoli jure proximitatis admitterentur. In fratrum autem germanorum filiis idem jus introductum, etiam ad excludendos eos a quibus ipſi alioqui jure proximitatis excluderentur, fratres ſcilicet defuncti conſanguineos & uterinos. Hujus enim rei non alia ratio reddi poteſt, quam quod filii fratrum, citra hanc repræſentationis inductionem, neque cum fratribus defuncti concurrere, neque thios ejuſdem excludere poſſint: multoque minus fratrum, licet germanorum, filii fratres defuncti conſanguineos aut uterinos; quippe qui uno gradu ſunt proximiores. Nec verum eſt, quod contrariæ ſententiæ auctores ajunt fratrum germanorum filios ideo præponi fratribus defuncti ex uno tantum parente conjunctis, quia propter duplex vinculum proximiores habentur: ſed illud verum eſt, propter duplex illud vinculum hoc beneficium iis datum eſſe, ut vicem patrum ſuorum ſuſtineant, & jure repræſentationis, quamvis uno gradu ſint remotiores, tales thios ſuos excludant. Similiter & illud, quod ajunt ſucceſſiones facilius deſcendere, quam adſcendere, ſi juris noſtri rationem ſpectes, falſum eſt in linea tranſverſa: neque hanc novi juris a ſe conſtituti rationem affert Juſtinianus; ſed aliam, nempe quod voluit fratrum filios in locum patris ſui ſuccedere: quod etiam bene obſervavit Bachov. ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 16. *theſ.* 5. Ant. Faber, *in diſp. forenſ.* quam ſubjecit libello *de var. nummor. debitor. ſolut.* Quamobrem ex ſententia Juſtiniani ſic omnino

ſtatuen-

ſtatuendum videtur, fratrum filios, ſive cum iis, a quibus alias excluderentur, concurrant, ſive vocentur ad excluſionem aliorum, qui alias cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent: non alio jure ad hereditatem admitti, quam repreſentationis, nec in capita, ſed in ſtirpes ſuccedere. Quid vero ſi defunctus nullos fratres, aut filios reliquerit, ſed fratrum filios dumtaxat? Hic facile admittam in capita eos ſuccedere debere: quippe cum ex propria perſona venire poſſint; ac proinde non indigeant privilegio. Eſt enim jus repræſentationis fictio quædam, quæ nunquam inducitur, niſi ex neceſſitate: quamquam ne hoc quidem concedant Anton. Faber & Bachovius. Et igitur, ſi iſto, quem dixi, ſenſu quæſtio propoſita, utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes ſuccedant, accipiatur, haud gravate Azonis ſententiæ ſubſcribam: cum utique hic circa hunc caſum a Juſtiniano mutatum eſſe doceri non poſſit. Atque hæc Cujacii quo ſententia eſt *parat. C. de legit. her.* ubi negat exceptis tribus illis, quos diximus caſibus in linea collaterali repræſentationi locum eſſe; item Fachinæi *lib. 6. controv. cap.* 3. & Bronchorſtii *cent.* 3. *aſſert.* 69. quæ etiam probata ſenatui Sabaudiæ, teſte Anton. Fabro *C. ſuo forenſ. de legit. hered. defin.* 1. Et eodem modo forte explicanda & limitanda conſtitutio Caroli Quinti, qua Azonis ſententiam in comitiis Spirenſibus confirmavit anno 1529. quod & Mynſingero viſum arguunt, quæ ſcribit *cent.* 3. *obſerv.* 94. Poſtquam hæc ſcripſeram, animadverti & hanc Græcorum eſſe ſententiam ex Harmen. *lib.* 5. *tit.* 8. *num.* 21. ubi ſcribit: Si defuncto fratres non ſuperſunt, ſed filii fratrum dumtaxat, præmortuis duobus aut tribus fratribus, κατὰ πρόσωπον ϰαὶ κεφαλὴν αὐτῶν γίνεται ἡ κληρονομία. τουτέστιν, ὅσοι εἰσίν, ἐξ ἴσου εἰς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται, per capita & in ſingulas eorum perſonas hereditas diſtribuitur, id eſt, quotquot ſunt, ex æquis portionibus ad hereditatem vocantur. Quo jure in propoſito noſtrates utantur, cognoſci poterit ex *Ordin. polit. & Placit. de ſucceſſ. ab inteſtato*. Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 28. Nobis in hiſce quæſtionibus propoſitum non fuit indicare ſemper, quid juris in quaque re legibus, aut moribus noſtris obſervetur: & hoc forte aliis tædium afferret.

CAPUT XXXI.

An in ſucceſſione fratrum conſanguineorum & uterinorum, diſcretio bonorum obſervanda? Et obiter, an obſervanda in ſucceſſione adſcendentium?

DEFICIENTIBUS inteſtato mortui liberis & parentibus, itemque fratribus ex utroque parente conjunctis, eorumque filiis, Juſtinianus ad hereditatem ejus vocat fratres ex uno tantum latere junctos, conſanguineos & uterinos, *Novell.* 118. *cap.* 2. & 3. qua conſtitutione ex parte quidem confirmat ea, quæ antea tum a Leone & Anthemio *leg.* 4. *C. de bon. quæ lib. in pot.* tum ab eo ipſo *leg. ult. C. comm. de ſucceſſ. Novell.* 84. *cap.* 1. §. 2. ſancita ſunt circa prærogativam eorum, qui duplici vinculo defuncto nexi; ſed ex parte etiam, & quidem maxima, mutat, admiſſis ſimul cum his, & primo quidem loco, parentibus defuncti proximis, quos antea excludebant; & ita admiſſis, ut illi quoque excludant fratres defuncti conſanguineos & uterinos, a quibus ipſi antea excludebantur. Quæſitum autem eſt, utrum hi fratres defuncti conſanguinei & uterini æqualiter in omnia bona defuncti fratris ex illa conſtitutione Juſtiniani ſuccedant, an ita ut conſanguinei bona paterna, uterini bona materna conſequantur, ſola autem aliunde quæſita æqualiter inter eos dividantur? Communis ſententia eſt, in hac ſucceſſione bona a patre profecta ad fratres conſanguineos, a matre profecta ad ſolos uterinos pervenire. Gomez. *ad leg. Taur.* 8. *num.* 8. Graſſ. §. *ſucceſſio ab inteſtato*, *quæſt.* 31. Fortler. *lib.* 1. *de ſucc. ab int. cap.* 8. unde illud, quo nihil vulgatius, paterna paternis, materna maternis deferri: quam ſententiam etiam amplexi ſunt Cujacius in *expoſ. Novell.* 84. Don. *lib.* 9. *comm.* 4. Gudelin. 2. *de jur. noviſſ.* 15. Fundant autem hanc ſuam ſententiam in *leg. de emancipatis*, 13. §. 2. *C. de leg. hered.* Et ſane negari non poteſt, quin Juſtinianus illic fratres omnes ad ſucceſſionem fratris emancipati vocans excipiat bona materna, in quæ eos ſolos ſuccedere vult, qui ſunt ex eadem matre. Nam de ſolis fratribus germanis, ceu vult Fachin. *lib. 6. contr. cap.* 5. id accipi conſuetudo loquendi non patitur: nec argumentum ex hoc loco ductum diluitur, ſi dicamus illic agi de caſu patris adhuc ſuperſtitis, quo propter uſumfructum, quem pater habet, evidentior eſt bonorum diſtinctio. Illud enim nihilominus manet, ad bona a matre profecta ſolos ex illa conſtitutione vocari, qui ſunt ex eadem matre excluſis fratribus conſanguineis, quod Novella Juſtiniani 118. *cap.* 3. negant eſſe mutatum. Sed videamus an hoc quod dicunt, verum ſit. Equidem deciſio hujus quæſtionis non ex legibus Codicis, ſed ex noviſſima illa Juſtiniani conſtitutione petenda eſt. Et nos contra intrepide aſſerimus etiam id, quod a Juſtiniano in *d. l. de emancipatis*, §. 2. *C. de legit. hered.* conſtitutum eſt, per *d. Novell.* 118. *cap.* 3. eſſe abrogatum. Nuſquam magis variant leges & conſtitutiones præſertim poſteriorum Principum, quam circa jura ſucceſſionum ab inteſtato, nec tantum circa ordinem deſcendentium, verum etiam adſcendentium & lateralium, uti videre eſt *Inſt. de her. quæ ab int.*

Digitized by Google

def. item de leg. agn. ſucceſſ. de ſenat. Tertull. & Orfic. & ff. C. eod. l. 4. C. de bon. quæ lib. leg. ult. C. comm. de ſucceſſ. leg. 13. & ll. ſeqq. C. de legit. her. Novell. 84. *cap.* 1. *&* 2. &c. Juſtinianus autem omnia illa priora jura circa hereditates inteſtatorum & ſuas quoque ipſius conſtitutiones anteriores juſſit, ceſſare, ἀργεῖν, *dict. Novell.* 118. *in pr.* eaque ſola pro jure in poſterum ſervari, quæ illic tandem de novo conſtituit. Relinquitur igitur, ut & ex eadem Novella quæſtio propoſita decidatur. Quid igitur illic conſtituit Juſtinianus? Primo, deficientibus defuncti liberis & parentibus, jubet fratres & ſorores utrinque conjunctos, eorumque demortuorum filios per repræſentationem ſuccedere in univerſa bona defuncti fratris. Poſt hos ſecundo loco vocat fratres ex uno tantum parente conjunctos, ſive per patrem, ſive per matrem, & ſimpliciter item, ac ſine ulla bonorum diſtinctione. Hac igitur conſtitutione abrogatur *leg. ult. C. comm. de ſucceſſ. Novell.* 84. §. 1. *&* 2. *cum ſimil.* quippe cum illic parentes excludantur non tantum a fratribus defuncti ex eodem matrimonio procreatis, ſed etiam progenitis ex alio: hic autem illi cum parentibus admittantur, duntaxat, hi etiam a parentibus excludantur, & demum poſt parentes, quos antea excludebant, & poſt fratres germanos, in quo ſolo nihil mutatur de illarum conſtitutionum priorum jure, vocentur, & denique demum poſt fratrum germanorum filios, quibus ipſi ante hanc Juſtiniani Novellam præferebantur. In *leg. de emancipatis*, §. 2. *C. de legit. her.* quæ poſterior eſt *dict. leg. ult. Cod. comm. de ſucceſſ.* non tractatur ſimpliciter talis caſus, quo fratres ſibi invicem ſuccedunt, verum quo ſuccedunt fratri emancipato concurrente patre defuncti quoad uſumfructum: hoc caſu ſi emancipatus reliquerit bona materna in ea ſolos ſuccedere vult Juſtinianus, qui ſunt ex eadem matre; cætera bona defuncti in totam fraternitatem cedere: cætera inquam præter materna; ac proinde tam ea, quæ a patre forte profecta, quam quæ aliunde: & cedere inquam tam iis, qui ex alio atque alio matrimonio procreati ſunt, quam qui ex eodem: nam ſub tota fraternitate comprehenduntur utique & conſanguinei & uterini. Quo colore igitur interpretes ex hoc loco illud ſuum, paterna paternis, materna maternis, elicere potuerunt? Sed & illud ipſum, quod circa eam ſpeciem Juſtinianus ibi conſtituit, poſtea ab eo ſublatum eſſe ſatis evidentes arguit *dict. Novell.* 118. *cap.* 2. *&* 3. *in pr.* Ubi cum poſt deſcendentes ſtatim vocaſſet adſcendentes defuncti proximos, & cum his ſimul ad hereditatem admiſiſſet fratres defuncti ex utroque latere junctos, mox deficientibus deſcendentibus & adſcendentibus ex lateralibus primo loco vocat eoſdem defuncti fratres germanos, ubi nulla bonorum diſtinctio eſt: & poſt hos ſecundo loco fratres ex uno duntaxat parente conjunctos, ſive per patrem ſolum, ſive per matrem. Ex eo autem quod poſt fratres utrinque conjunctos ſimpliciter & jure proximitatis, vocantur ex uno tantum latere juncti, conſanguinei cum uterinis, recte colligitur eos etiam ſimiliter, ut illos, æqualiter in omnia bona defuncti fratris ſuccedere debere, nec plus juris relinqui uterinis in bonis defuncti maternis, quam ejuſdem fratribus conſanguineis, aut plus his, quam illis, in bonis profectis a patre. Atque hoc etiam efficit vera juris ratio, ſecundum quam ſucceſſio fit in univerſa defuncti bona, pariterque ad ſucceſſionem vocati æqualiter defunctum repræſentant. Quando autem bona, licet a diverſis parentibus profecta, ſemel alicui obvenerunt, unum fiunt & ſimplex ejuſdem patrimonium inſuper habita cauſa acquiſitionis. Quod ſi bonorum origo & cauſa attenderetur, conſequens & rationis eſſet, ut etiam conſanguinei cum fratribus utrinque junctis eorumque filiis admitterentur ad bona paterna: item ut in bonis maternis eodem modo cum fratribus germanis eorumque filiis concurrerent uterini. Denique ut ſi tantum ſint bona paterna, nulla materna, uterinus a conſanguineo excluderetur; & ex adverſo, ſi nulla paterna, conſanguineum ab uterino: quippe in bonis, quæ ab uno latere provenerunt, ſi cauſam acquiſitionis & originem bonorum, non ipſum jus ſucceſſionis, & propinquitatem ſuccedentium conſideremus, nihil operari poteſt duplicitas vinculi. Et ita in feudis conſanguineum ab utrinque conjuncto non excludi conſtat. Ita ex veteribus Fulgoſius & Corneus in *auth. itaque, C. comm. de ſucceſſ.* ex recentioribus Petrus Barboſa *ad leg. poſt dotem*, 41. *cum* 2. *ſeqq. num.* 71. *ff. ſolut. matrim.* Andr. Fachinæus *lib.* 6. *contr. cap.* 5. Bachovius ad *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 16. *theſ.* 4. Iiſdem rationibus evincitur, nec in ſucceſſione adſcendentium ullam bonorum diſcretionem faciendam eſſe, ſed adſcendentes quoque diverſæ lineæ, qui pares gradu ſunt, æqualiter ſuccedere in bonis defunctorum liberorum undecumque profectis, non inſpecta ſcilicet cauſa acquirendi, ſed ſola perſona ejus, cui ſucceditur, ut recte poſt veteres allegatos a Mynſingero *lib.* 6. *obſerv.* 55. *num.* 3. Barboſa *dict. loc. num.* 67. & Fachin. *dict. lib.* 6. *cap.* 4. docent: & conſentiunt Forſter. *lib.* 7. *cap.* 4. *num.* 2. Graſſ. §. *ſucceſſio ab inteſtato quæſt.* 22. *num.* 5. quod mirum eſt, cum in quæſtione modo tractata & huic plane ſimili a nobis diſſentiant; ſed hoc & ab aliis factum eſt. Fruſtra autem hic objicitur *leg.* 3. *Cod. de bon. quæ lib.* quippe ubi hoc tantum ſtatuitur, ut nepoti defuncto ſine liberis in proprietate ſuccedat pater, avus uſumfructum habeat, avus ſcilicet paternus non maternus. Hæc porro ſententia meruit & aſſenſum Ca-

meræ

Digitized by Google

meræ Imperialis teſtibus Mynſing. ubi ſupra, & Hart. Hartm. *pract. obſerv. t. 42. obſ. 2.* & Senatus Sabaudici teſte Ant. Fabro *C. ſuo for. lib. 6. tit. 33. defin. 2.*

CAPUT XXXII.

An juſta ſit cauſa revocandæ donationis, ſi donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit?

MORTIS cauſa donatio temere hoc eſt pro arbitrio donatoris, ſeu ex pœnitudine revocari poteſt, §. 1. *Inſt. de donat. l. mortis*, 16. *l. qui mortis*, 10. *ff. de mort. cauſ. donat.* Mera autem & ſimplex donatio natura ſua irrevocabilis eſt. Quod vero hanc etiam aliquando revocare licet, id fit ex accidenti & facto donatarii, pro beneficio injuriam rependentis, non ex intentione donantis; utpote qui ſic donato, nullo caſu velit ad ſe reverti, *l. 2. ff. de donat. l. ubi ita*, 17. *ff. de mort. cauſ. donat.* quanquam tamen ſi præſciviſſet donator donatarium ingratum fore, procul dubio beneficio abſtinuiſſet: unde ortum eſt etiam in hiſce donationibus jus revocandi. Nec tamen ob quamlibet ingratitudinem donatarii revocatio permiſſa, ſed ob inſignem dumtaxat, & talem, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta: nempe ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus: ſi vitæ ejus inſidietur, ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit; ſi conditiones donationi appoſitas implere nolit. Ob has enim cauſas dumtaxat donationem revocari permiſit Juſtinianus in *leg. ult. Cod. de revoc. donat.* Additur tamen a DD. & alia cauſa revocandæ donationis, videlicet ſi donator, tempore donationis ἄπαις, illiberis, poſt donationem factam liberos ſuſceperit, *arg. leg. ſi unquam*, 8. *Cod. de revocat. donation.* Quamvis enim iſta conſtitutio tantum loquatur de patrono donatore, & liberto donatario, putant tamen quorumque donationes eodem illo jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Utuntur hoc potiſſimum argumento, quod quotiens ratio legis generalis eſt, totiens quoque ipſa legis diſpoſitio generalis eſſe intelligitur: & aſſumunt pro vero generalem eſſe juris, quod in *dict. leg. 8. Cod. de revoc. don.* conſtituitur, rationem, nec magis ad donationem liberto, quam cuilibet extraneo factam pertinere: rationem autem hanc eſſe, quod nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis interponere voluiſſe, *arg. leg. cum avus*, 102. *ff. de cond. & demonſt. leg. cum acutiſſimi* 30. *Cod. de fideicomm.* Une porro eliciunt donationem factam ab eo qui liberos non habet, in ſe continere tacitam conditionem, ut ſi liberi ei poſtea nati fuerint, donatum ad ſe revertatur: quippe quem ſi de liberis cogitaſſet, donaturum non fuiſſe credi oporteat. Gomez. *lib. 2. var. reſol. cap. 4. num.* 11. Clar. §. *donatio, quæſt.* 22. Cujac. *lib. 20. obſ. 5.* Mynſing. *lib. 5. obſ.* 63. *& ſeq.* late Tiraquel. *in dict. leg. 8. C. de revoc. don.* Tulden. *in C. de rev. don. num. 3.* Fachin. *lib. 5. contr. cap.* 85. quo jure & nos uti ſcribit Grot. *lib. 3. introduct. cap. 2.* adde Chriſtin. *vol. 4. deciſ.* 292. Timæ. Fab. *diſp. anniv. 17. theſ.* 4. Sed procul dubio in puncto juris verior eſt ſententia eorum, qui aſſerunt in ſolo patrono donatore & liberto donatario hanc revocandæ donationis ſpeciem locum habere. Cum enim Imperatores, ſi idem in quibuslibet donatoribus & donatariis obtinere voluiſſent, patroni tantum & liberti mentionem faciunt? An quia ad conſultationem partis reſcribunt, quia forte ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui hanc ſuam Conſtitutionem non dirigunt ad conſultorem aliquem, ſed ad Præfectum Pretorio in forma Edicti Perpetui, hunc in modum: *Si unquam libertis patronus filios non habens*, &c. Quod ſi in quolibet donatore idem obtinere voluiſſent, uno ſaltem verbo id indicaſſent, aut utique ita ſcripſiſſent: *Si quis liberos non habens alicui bona omnia vel partem donaverit*, &c. Itaque conſtitutio hæc, quæ ſingulare jus continet, *leg. ſicut*, 5. *C. de oblig. & act.* & contra regulam de donationibus ſemel perfectis non revocandis exceptionem inducit, extra terminos non eſt extendenda. Multa in liberto ſunt ſingularia, quæ conſtat ad alios trahi non poſſe: quippe qui propter inæſtimabile libertatis beneficium nihil non patrono debet, non modo honorem omnem & reverentiam, ſed etiam obſequia & operas, *ff. de obſeq. par. & patr. præſt. & ff. de op. libert.* qui patronum egentem liberoſque patroni de ſuo alere tenetur, *l. ſi quis*, 5. §. *ſolent*, 18. *ff. de agnoſc. & alend. lib.* qui moriens certis conditionibus bona ſua patrono debet relinquere, & cujus inteſtati bona certis item conditionibus ad patronum liberoſque ejus redeunt, *Inſt. de ſucceſſ. libert.* quem eandem ob cauſam etiam multa æquo animo ferre oportet, quæ licet cum incommodo ejus, favore patroni conſtituta ſunt, §. 1. *Inſt. qui & ex quib. cauſ. man.* §. 1. *Inſt. de hered. qual.* & iniquum eſſet conſtitui in aliis. Unde etiam eſt, quod vel neglectus obſequi in liberto donatario ſufficiens cauſa ſit donationis in eum a patrono collatæ revocandæ, *leg. 1. C. de revoc. donat.* Cum itaque qualitas ipſa perſonæ donatoris & donatarii ſit præcipua cauſa hujus revocationis, non ſoli aut per ſe liberi a donatore poſtea ſuſcepti, quis non videt propter eandem conditionem perſonæ in liberto donatario dumtaxat hanc præſumptionem valere Principes voluiſſe, ut eadem mente ille, eademque lege accipere intelligeretur, qua patronus pro effectu donare; ni-

mirum ut natis poſtea patrono liberis donata reddat: in aliis vero valere jus commune, quo propoſitum in mente retentum nihil operatur. Nam quoties lex de certis perſonis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum eſt legem ad alias perſonas non pertinere, *leg. ſi vero, 64. §. pen. ff. ſolut. matrim. leg. quod conſtitutum, 21. ff. de teſt. mil.* Et illud utique palam eſt, jure communi non ſufficere ad revocationem donationis, quod forte in unius animo aliquid præſumatur, cum utriuſque conſenſu perficiatur donatio, nec nobis liceat citra legum auctoritatem tacitas fingere conventiones, aut conjecturas ſectari, ubi verba legis aperta ſunt ac clara, & ſenſum minime abſurdum habent. Perperam vero ad præſentem caſum trahitur, quod pro ratione deciſionis in ſpecie diſpoſitionis ultimæ propoſita in *leg. cum acutiſſimi, 30. C. de fideicomm.* affert Juſtinianus neminem ſcilicet præſumi alienas ſucceſſiones propriis anteferre. Nam deciſio *dict. leg. cum acutiſſimi*, tantum locum habet in teſtatore fideicommiſſo gravante unum ex progenie ſua, cujus porro poſteri & ipſi ſint in familia teſtatoris, quod quomodo ad noſtrum caſum, ubi aliquis liberos non habens in extraneum abſolute & perfecte donationem contulit, applicari queat, non video. Et alioqui pari ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda eſſet ei, qui cum forte unum duntaxat filium haberet, partem facultatum alicui donavit, & poſtea eo mortuo, aut vivo adhuc plures liberos ſuſcepit. Cui adde, quod diſpoſitiones ultimæ ex ſolius teſtatoris mente interpretationem accipiunt, & pro ejus ſolius arbitrio conſtituuntur, ſuſtinentur, & revocantur, *leg. in conditionibus, 19. ff. de cond. & dem. leg. ex facto, 35. §. verum, 3. ff. de hered. inſtit. leg. ſi mihi, 12. in fin. ff. de legat. 1.* ſecus atque actus inter vivos, in quibus omnium voluntas ſpectanda, nec pœnitentia admittitur, *leg. non ſolum, 31. ff. de oblig. & act. leg. ſicut, 5. C. eod.* & in quibus contra cum fieri ſolet interpretatio, cui liberum fuit re integra aperte loqui & legem, quam vellet, claris verbis exprimere, *leg. veteribus, 39. ff. de pact. l. quidquid ff. de verb. oblig.* cum ſimilibus. Similiter noſtro caſui adaptari nequit, quod Papinianus in *leg. cum avus, 102. ff. de cond. & demonſtr.* cum ſpeciem propoſuiſſet ubi teſtator a nepote, quem ex parte heredem inſtituit, petiit ut poſt mortem hereditatem reſtitueret patruo ſuo, reſpondet nepote liberis relictis mortuo defeciſſe conditionem fideicommiſſi ductus conjectura pietatis, ut ipſe ait: nam conjectura illa pietatis ex eo ducitur, quod non videatur avus nepotem gravare voluiſſe in eum caſum, quo liberi nepoti naſcerentur, eo quod pietas ſuadeat, ut liberis potius relinquatur hereditas, quam aliis, utcunque teſtatori defuncto conjunctis (nam in caſu *dict. leg. cum avus*, rogatus ſi eſt nepos hereditatem reſtituere teſtatoris filio) nec credendum ſit avum pro nepote id conſilium cepiſſe, quod ipſe nepos non niſi impie capturus erat, ut recte Ant. Faber. *lib. 7. conject. 14.* Hoc vero longe diverſum eſt a caſu, quem hic tractamus, ubi quis in extraneum pure & abſolute quid tranſtulit, qui nec ex liberis donatoris eſt, nec de re donata reddenda abſque expreſſa conventione obligari potuit. Quibus & illud accedit, quod *d. l. ſi nunquam*, non tantum locum habet, ſi omnia bona, ſed etiam ſi pars aliqua eorum donata ſit. Eſt vero abſurdiſſimum ob liberos donatori poſtea natos donationem partis alicujus bonorum cuicumque & a quocumque factam revocari; quippe quo admiſſo nemo niſi liberos habens pure & plene donare intelligeretur. Huc item facit, quod bona, quæ propter agnationem liberorum donator revocavit, non liberis acquiruntur, ſed pleno jure revertuntur ad patrem donatorem, *dict. leg. ſi unquam*, qui proinde de iis jam iterum libere diſponere poteſt, & ſalva ſaltem liberorum legitima, ea omnia una cum cæteris bonis in quoſcunque velit, conferre, *leg. 1. leg. 2. & tot. tit. Cod. de inoff. donat.* Atque ita, quo nihil dici poteſt abſurdius, poſteriores illi potiores erunt & præferuntur ei, in quem jam antea rerum dominium plene & abſolute tranſlatum erat, atque huic eripietur, quod donetur alteri, quod vel ſolum argumento eſſe poteſt, qualitatem ipſam perſonæ donatoris & conditionem donatarii præcipuam eſſe hujus revocationis cauſam. Ex hoc porro ſimili concidunt objectiones ſumptæ a miſeratione liberorum, & injuria, quæ alias ei fieret. Nam ad injuriam illam vindicandam proditum liberis eſt jure communi remedium, quo patre mortuo donatio immodica revocetur, querela ſcilicet inofficioſæ donationis *tit. Cod. de inoffic. donat.* Et ipſe quoque pater eam revocare poteſt, quatenus debitum liberis bonorum ſubſidium excedit, *leg. ſi totas, 15. Cod. eod. titul.* Aliud remedium fruſtra quæſieris. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos poſtea natos, tanquam ex cauſa generali loquatur, ac ne apud Juſtinianum quidem, qui, cum liberorum jura ubique non ſervaverit modo, ſed etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem feciſſet; certe ubi ex profeſſo recenſet cauſas revocandæ donationis, ſi hanc etiam pro cauſa generali haberi voluiſſet, id omiſſurus non fuerat. Quid quod & Canones huic noſtræ interpretationi conſentiunt, *cap. ultim. cap. 17. quæſt. 4.* ubi Divus Auguſtinus laudans factum Sancti Aurelii Epiſcopi Carthaginenſis, quod reddidiſſet donatori ob liberos ei natos, quæ ille Eccleſiæ donaverat, *In poteſtate*, inquit, *habebat Epiſcopus non reddere; ſed jure fori, non jure poli*,

Reſpon-

Reſpondet Fachinæus *d. lib. 3. cap. 86.* Conſtantinum non potuiſſe legare eccleſiam, quaſi vero eccleſiæ exleges fuerint. Poſſet forte huic reſponſioni ſpecies aliqua prætexi, ſi Auguſtinus de Romana loquutus fuiſſet: quia jam tum ſcilicet a Conſtantino facta erat Sylveſtro Epiſcopo Romano prodigioſa illa donatio, quæ memoratur *lib. decretor. diſt. 96.* Poſtremo de ſolis patronis donatoribus & libertis donatariis, eodem nempe, quo nos modo, conſtitutionem Conſtantini, quæ tertia eſt in Codice Theodoſiano *tit. de revoc. donat.* & eadem cum illa octava in Codice Juſtinianeo *eod. tit.* interpretatus eſt Anianus, qui tempore Alarici Regis floruit, centum & quod excurrit, annis ante imperium Juſtiniani, eoque modo eandem conſtitutionem accepit Harmenop. *l. 3. tit. 2.* item Azo *in ſumm.* & plerique Neotericorum, Connan. *l. 5. comm. c. 10.* Anton. Fab. *l. 7. conject. c. 14. & 15.* Donell. *ad d. l. ſi unquam*, Bachov. *ad Treutl. diſp. de donat. theſ. 7. lit. E.* Coral. *lib. 7. miſcell. c. 30.* Hotom. *lib. 1. reſp. amic. c. 12.* ubi levicula quædam removet, quæ a Cujacio objiciuntur ex *l. cum tale, 72. §. 1. ff. de cond. & dem.* & *l. 1. Cod. de revoc. donat.* quaſi quæ ibi conſtituuntur de libero, etiam in extraneis locum habeant; quod cum Accurſio & aliis negat Hotomannus. Sed ſit ita, quædam quæ in liberto valent, etiam locum habeant in non liberto: inde tamen non efficitur etiam in quæſtione propoſita eandem liberti & extranei rationem eſſe, cum in pleriſque aliis longe ſit diverſa, & quod hic contra tenorem juris communis introductum eſt, in perſona donatoris patroni, non debeat produci ad conſequentias, *l. quod vero, 14. & l. ſeq. ff. de legib.*

C A P U T XXXIII.

An per querelam inofficioſæ donationis tota revocatur donatio?

QUERELA inofficioſæ donationis ſpecies quædam eſt revocationis donationis factæ inter vivos, comparata confirmandæ querelæ inofficioſi teſtamenti gratia, ad quam eludendam donationes inofficioſæ inſtructæ ſunt, *l. 1. l. ſi mater, 7. Cod. de inoff. donat.* Nimirum exhauſto immodica donatione patrimonio querela inofficioſi teſtamenti eluditur, legitima portio iis, quibus debetur, intervertitur, ſive donator eos heredes inſtituat, ſive inteſtatus decedat: nihil enim his relinquitur præter nudum nomen heredum: nec querela datur niſi præteritis aut exheredatis, *pr. Inſt. de inoff. teſtam.* Sed & ſi alium heredem donator inſtituet, querelam tamen inutilem facit inofficioſa donatio, ut ne ſic quidem præteriti aut exheredati quicquam conſequantur præter nomen inane heredum, *l. 3. C. eod. tit.* Atque hinc eſt, quod inofficioſæ donationes inſtructæ dicuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti eludendam, excludendam, intervertendam, *l. 1. l. ſi mater, 7. C. eod. l. Titia, 87. §. Imperator, 3. ff. de legat. 2.* Cum igitur inofficioſæ donationes excogitatæ eſſent ad portionem legitimam iis, quibus ea debetur, intervertendam; huic fraudi occurſum eſt opportuno remedio, quo immodicæ hujuſmodi donationes revocarentur, conſtituta in eam rem querela inofficioſæ donationis ad exemplum & ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti. Quatenus autem donatio hæc revocetur, in totumne, an quatenus legitimam liberorum minuit, haud ita in promptu eſt dicere. Nam cum ad ſimilitudinem querelæ inofficioſi teſtamenti hæc revocatio introducta ſit, conſentaneum videtur, ut quemadmodum per querelam inofficioſi tota reſcinditur inſtitutio, ſic quoque per hanc querelam tota revocetur donatio. Omnes autem fere leges ſubjectæ titulo *Cod. de inoff. don.* hanc comparationem continent. Eſt quidem inter illa duo hæc differentia, quod querela inofficioſi teſtamenti impugnatur, ultima diſpoſitio & injuria exheredationis vindicatur; hac autem querela revocatur contractus inter duos initus & perfectus, idque ab ipſis heredibus, quamvis ſolo nomine, ſed hoc parum ad rem præſentem facere videri poteſt cum in *l. ult. C. eod. tit.* Imperatores dicant dubitandum non eſſe, quam immodicarum donationum omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus fuerit introducta, ut ſit in hoc actionis utriuſque vel una cauſa vel ſimilis exiſtimanda, vel idem & temporibus & moribus. Afferuntur pro hac ſententia & loci nonnulli aliunde petiti, præſertim ab Anton. Fab. *l. 3. conject. 17.* Et primum, quod apud Ulpianum *l. ſi libertus, 16. ff. de jur. patron.* legimus, ſi libertus ſe minorem centenario in fraudem legis fecerit, in totum non valere quod actum eſt: unde colligunt etiam donationem inofficioſam, quæ & ipſa in fraudem legis fit, in totum non valere aut revocari, *l. 2. l. cum res, 4. C. de contr. empt.* ubi cum mulier omnia ſua bona donaſſet Luciano, eaque defuncta relicto filio, Lucianus bona ſibi donata & tradita emiſſet a filio herede donatricis, ajunt Imperatores hanc emptionem prodeſſe poſſe Luciano ad defenſionem, *ne (filius) exemplo inofficioſi teſtamenti poſſit hæc avocare*, quæ verba videntur manifeſte oſtendere filium immodicam donationem a matre factam in ſolidum revocare. Nam pronomen illud, *hæc*, non alio referri poteſt, quam ad illa antecedentia, *omnia bona ſibi ab eo donata*. Ceterum hæc ad deciſionem hujus quæſtionis non ſatis momenti habent. Nam dici poteſt comparationem illam utriuſque querelæ non abſolute, ſed ſecundum quid accipiendam eſſe, quatenus ſcilicet una & ſimilis utriuſque cauſa eſt, eademque temporibus & moribus,

eum utraque quinquennio finiatur, & excludatur exceptione ingratitudinis: & verba hæc *l. ult. C. de inoff. donat. omnibus querela ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta*, commode ſic accipiuntur, omnibus ſcilicet legibus, quæ de hac querela diſpoſuerunt, vel pro omnibus, quibus conceſſa querela inofficioſi teſtamenti: ut illud diſcrimen adhuc maneat, quod licet teſtamentum inofficioſum in totum reſcindatur, immodica tamen donatio pro parte duntaxat; idque hac ratione quia teſtamentum inofficioſum privat liberos hereditate, quæ tacita quadam lege naturæ liberis debetur: at donatio inofficioſa non facit, quo minus iidem donatori heredes ſint, qui ſine donatione futuri erant, *l. 4. C. de contr. empt.* ſed ut qui erunt tantum non percipiant, quantum donatione non facta omni jure habituri eſſent, puta portionem ſaltem legitimam.

Sed & comparatio inofficioſæ donationis, & donationis factæ a liberto in fraudem legis & patroni dici poteſt claudicare. Utramque quidem in fraudem legis fieri, ſed illam liberti in totum: quia libertus donando ſe minorem faciens centenario facit omni ex parte in fraudem legis *dict. leg. ſi libertus, 16. ff. de jur. patron.* Inofficioſam autem donationem hactenus, quatenus dodrantem aut beſſem (ut hodie) excedit; in reliquum fieri lege permittente. Illam liberti ipſo jure non valere, *dict. leg. ſi libertus*, hanc etiam qua parte inofficioſa eſt, ipſo jure valere ab initio, ſed inſtituta querela quatenus inofficioſa eſt, reſcindi, *tot. tit. de inoff. donat.* Ad deciſionem quoque quæſtionis propoſitæ non multum facit *dict. leg. 4. C. de contr. empt.* quoniam ibi alia quæſtio principaliter tractatur, nec eſt neceſſe, ut propter id, quod in fine conſtitutionis dicitur, filium non poſſe hæc avocare, dicamus alias eum dona omnia, quæ donata ſunt, poſſe avocare. Conſtat reſcripti ſententia, ſi alias quædam avocare potuiſſent; nec verba reſpuunt hanc interpretationem, quod ſcilicet hoc ſentiant Imperatores, uſque ad eam partem, quam alias avocare poſſet filius. Luciano emptionem prodeſſe, nempe ut ex emptionis cauſa etiam trientem retinere poſſit, quem ex cauſa donationis retinere non poterat. Majorem ſpeciem habet, quod Alexandrum Imperatorem Claudiano Juliano reſcripſiſſe Paulus in *l. Titia Sejo, 87. §. 3. de legat. 2.* memorat donationem totius patrimonii in unum ex duobus liberis collatam pro dimidia parte revocari: quod non niſi de dimidia totius, quod donatum eſt, capi poſſe videtur: cui conſequens eſt, ut in extraneum talis donatio conferatur, eam revocari in ſolidum.

Sed tamen ego huic ſententiæ acquieſcere non poſſum: & magis puto ex cauſa inofficioſæ donationis non totum revocari quod donatum eſt: ſed pro ea tantum parte, pro qua donatio eſt inofficioſa, modum ſcilicet legitimum excedens, & quartam iis, quibus debetur, adimens, non una me eo impellit aut ratio aut auctoritas. Nam primo quoties lex ad certum modum aliquid permittit, ſi hic modus excedatur, non totum infirmatur, quod geſtum eſt, ſed quod illicite geſtum eſt duntaxat, *leg. placuit, 29. ff. de uſur. leg. ſancimus, 34. C. de donat.* Et quid notius regula, utile per inutile non vitiari, *l. 1. §. ſed ſi mihi, 5. ff. de verb. obl. C. utile, de reg. jur. in 6.* 2. Quia alias in caſu donationis omnium bonorum, aut ejuſmodi partis, quæ legitimum minuat, ſupervacanea eſſet conſtitutio, *leg. ſi unquam, 8. C. de revoc. donat.* quoniam certum eſt jure veteri liberis ſive tempore donationis jam natis ſive poſtea editis hanc querelam competiiſſe. 3. Probatur hæc ſententia textu expreſſo in *leg. 2. C. de inoff. donat.* ubi donatio immenſa in filium in poteſtate conſtitutum collata hactenus revocari dicitur, ut officio arbitri familiæ erciſcundæ quarta pars debitæ ab inteſtato portionis ſorori ejus præſtetur incolumis. Reſpondet Anton. Faber vim oppoſitionis duorum caſuum, quorum uno donatio in filiumfamil. collata, altero in emancipatum, in hoc ſitam eſſe, quod priore caſu legitima tantum, poſteriore totum revocetur. Sed hoc prorſus commentitium eſt, vel quia priore potius caſu donatio ex ratione juris nulla & invalida in ſolidum revocanda erat: vel potius quia, ut ex ipſo textu apparet, in hoc oppoſitio conſiſtit, quod priore caſu remedio ordinario, poſteriore extraordinario querela inofficioſæ donationis revocetur: utroque autem caſu uſque ad legitimam. 4. Per *leg. ſi totas, 5. Cod. eod. tit.* ubi dicitur ex donatione immenſa detrahi, quod neceſſe eſt relinqui liberis non ingratis ad ſubmovendam inofficioſi querelam. Reſpondet Anton. Faber donatorem ibi tempore donationis alios liberos non habuiſſe, eoque initio inſpecto donationem non fuiſſe inofficioſam. Quid tum poſtea? Nonne ſatis eſt donationem poſtea propter alios liberos ſuſceptos inofficioſam fieri: ut liberi queri poſſint? De cujus querelæ natura ſic eſt, ut donatio in ſolidum revocetur, etiam hoc caſu eundem effectum habere debet. 5. Huc accedit textus in *leg. ſi mater, 7. Cod. eod.* ubi Imperatores non totum, quod geſtum eſt, revocari ajunt, ſed diſertis verbis, quod immoderate geſtum eſt. Reſpondet Anton. Faber totum revocari quod immoderate geſtum eſt, non quatenus immoderate geſtum eſt: quod eſt apertum σόφισμα meraque cavillatio. Ex hoc autem loco petenda eſt explicatio *l. Titia Sejo, 87. §. 3. ff. de legat. 2.* ubi eadem plane ſpecies proponitur & deciditur, quæ in hac *leg. ſi mater*, excepto eo, quod ille avus in unum e duobus nepotibus totum patrimonium ſuum effudiſſe proponitur, hic mater in unum e duobus filiis.

Igitur

Digitized by Google

Igitur quemadmodum hic non dimidium totius, quod donatum eſt, ſed dimidium ejus, quod illicite donatum eſt, revocatur, vel, ut hoc apertius Imperatores in *dict. leg. ſi mater*, explicant, dimidium quartæ partis, quod ad excludendam inoſſicioſi teſtamenti querelam adverſus agentem ſufficeret; ita etiam illic, nempe *in dict. leg. Titia Sejo*, §. 3. dimidiam partem accipere debemus partem dimidiam ejus, quod immoderate geſtum eſt, non omnium bonorum, ſed portionis legitimæ utrique ſcilicet debitæ, eoque facit & Novell. 92. cujus ſpeciem ex Harmenopulo ponit Cujacius *lib. 5. obſerv.* 14. 6. Facit huc optimus textus in *leg. ſi liqueat*, 8. *in fin. pr. C. de inoff. donat.* ubi expreſſe dicitur, pro ratione quartæ; quod donatum eſt diminui. Reſpondet Anton. Fab. intelligi ibi quartam non legitimam, ſed quartam ab inteſtato debitam: fingitque in caſu illic propoſito matrem quatuor reliquiſſe liberos: quod vix confutatione indiget. Quod autem ibidem addunt Imperatores, *ad inſtar inoſſicioſi teſtamenti convicti*, illa comparatio non ad quantitatem, quæ revocetur, ſed ad jus revocandi pertinet. 7. Idem evincitur ex *leg. un. C. de inoff. dot.* ubi itidem ad exemplum querelæ inofficioſi teſtamenti dicitur liberis adverſus dotem immodicam actionem dari, ut iis emolumenta debita conferantur. Emolumenta debita ſunt illud ipſum, quod in *l. 5. C. de revoc. don.* appellatur debitum bonorum ſubſidium. Non me latet pleroſque ita diſtinguere, ut ſi in extraneos collata ſit donatio cum conſilio fraudandi, tunc tota revocetur, ſi ſine conſilio fraudandi, pro parte tantum: ſi in aliquem ex liberis indiſtincte pro parte dumtaxat, eamque diſtinctionem judiciis & conſuetudine publica probari, teſtibus Sichard. *in leg. 1. num. 4. C. de inoff. donat.* Gomez. 2. *var. reſol. 4. num.* 13. Covar. *pract. quaſt.* 19. *num.* 12. Cæterum juri ſcripto conſentaneam non eſſe patet ex *dict. leg.* 1. ubi extranei & liberi eodem jure cenſeantur. Nec vero perſona accipientis donationem inofficioſam facit: ſed profuſa liberalitas: nec refert eventum tantum donatio, an & conſilium frandandi habuerit, *d. l. 1. l. 7. C. eod.*

C A P U T XXXIV.

An pro mortis cauſa donatione haberi debeat, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo modo revocaturum donationem?

MORTIS cauſa donatio eſt, quæ propter mortis fit ſuſpicionem: veluti cum quid metu mortis vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi peſtis graſſetur, &c. *l. 2. & aliquot ſeqq. leg. ſenatus*, 36. §. *mortis*, 4. *ff. de mort. cauſ. donat.* Cæterum an propter mortis ſuſpicionem donatio facta ſit, ex verbis donatoris æſtimandum eſt: nec enim ſufficit ad hanc donationem a moriente aut in periculo mortis poſito quid donatum eſſe, niſi verbis declaravit, ſe ob metum propinquæ mortis donaſſe: alioqui non tam mortis cauſa, quam moriens donaſſe cenſetur, *leg. Seia*, 42. §. 1. *in fin. ff. de mort. cauſ. donat.* Quin etiam extra ſuſpicionem alicujus periculi, & a ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa recte donatur ſola cogitatione mortalitatis, *dict. leg. 2. & dict. leg. ſenatus*, §. 4. Sed itidem verbis hoc declarandum eſt, nec alias donatio pro pura & ſimplici habeatur. In omni autem mortis cauſa donatione, ſe primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepiſſe potius, quam dediſſe mavult: & ut verbo dicam, ſe potius habere vult, quam eum, cui donat: illum deinde potius, quam heredem ſuum, *d. leg. ſenatus*, §. 2. *eod.* Atque hæc ratio eſt, cur hanc donationem revocare liceat, ſecus atque donationem inter vivos, quippe in qua qui donat, donatarium ſolum cogitat, atque illum, quam ſe habere mavult. Tribus autem caſibus mortis cauſa donatio fit irrita aut revocari poteſt, duobus ex parte donantis, pœnitentia, & periculi, cujus intuitu donatio facta, ſublatione: uno ex parte donatarii, ſi is ante donatorem moriatur, *l. mortis cauſa*, 19. *l. ſi mortis*, 29. *& l. ſeq. ff. eod.* §. 1. *Inſt. de donat. l. non omnis*, 19. *ff. de reb. cred.* quanquam conventione effici poteſt, ut ne revocetur omnibus iſtis caſibus, *l. ſi alienam*, 13. *in fin. ff. de mort. ca. don.* Illud autem quæſitum eſt, an & illa donatio pro mortis cauſa donatione habenda ſit, ſi donator mortis mentione facta adjecerit clauſulam, ſe nullo caſu aut modo donationem revocaturum. Et magis eſt, ut ea non pro donatione mortis cauſa, ſed pro donatione inter vivos habenda ſit: quod & communiter placuit Bartolo poſt Gloſſ. *in l. ubi ita donatur*, 7. *ff. eod.* Clar. §. *donatio*, *quæſt.* 4. Gomez. *l. 2. var. reſol. cap. 4. n.* 22. Schneid. *in* §. 1. *Inſt. de donat. num.* 3. *&* 4. Fachin. *l. 5. cap.* 23. Tulden. *C. de mort. cauſ. don. num.* 3. Perez. *ibid. num.* 12. Bachov. *ad Trentl. vol.* 2. *diſp.* 19. *theſ.* Etenim cum ex ſententia Juliani relata & probata ab Ulpiano in *l. 2. ff. eod.* ex mortis cauſa donatione vel non ſtatim tranſeat dominium, vel tranſeat ſub tacita conditione, ut ſcil. non ante pro perfecta habeatur, quam mors fuerit inſecuta *l. non videtur*, 32. *ff. eod.* mortis cauſa donatio dici non poteſt, per quam pure & abſolute omnique jure revocandi excluſo dominium transfertur. Deinde cum in omni donatione mortis cauſa, donator ſe primum cogitet, & ipſe rem habere malit, quam donatarium *l. 1. l. ſenatus*, 35. §. 2. *ff. eod.* mortis cauſa donationi non poteſt adſcribi illud ge-

nus, in quo donator ſolum ſpectat donatarium, & illum potius, quam ſe habere vult: nam cui non competit definitio, ei nec definitum competere poteſt. Unde etiam plus quam manifeſtum eſt, hic deficere partem aliquam donationis cauſa mortis ſubſtantialem, & ideo in aliam donationis ſpeciem rem tranſire, quidquid in contrarium diſputet Anton. Fab. *deciſ. 45. err. 1.* Immo nec poteſt ullo modo videri mortis cauſa, id eſt, propter mortem & periculum imminens donatum eſſe, cujus revocandi facultatem omnem ſibi donator ademit. Et hoc eſt, quod Marcianus reſponſo ſuo ſignificat in *l. ubi ita, 27. ff. eod.* cum ait, *ubi ita donator mortis cauſa, ut nullo caſu revocetur, cauſa donandi magis eſt, quam mortis cauſa donatio: & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio.* Ait, *cauſa donationis magis eſt, quam mortis cauſa donatio*: id eſt, in ejuſmodi donatione mors eſt potius cauſa impulſiva & occatio donandi, quam cauſa finalis ſeu τὸ οὗ ἕνεκα. Unde aufert perinde eam haberi debere, atque aliam quamvis donationem inter vivos: quæ verba aperte oſtendunt Marcianum hanc quoque donationem pro ſpecie donationis inter vivos agnoſcere. Denique quia talis donatio, ut & cæteræ inter vivos, nullam ſimilitudinem cum legatis habet, §. 2. *Inſt. de donat.* hinc porro infert, nec inter virum & uxorem eam valere, nec Falcidiam pati: quod utrumque in donatione mortis cauſa ſecus ſe habet, *l. 9. in fin. cum l. ſeq. ff. de donat. int. vir. & ux. l. 5. C. ad leg. Falc. l. 2. C. de don. mort. cauſ.* Fruſtra autem huic ſententiæ objiciunt *leg. ſi alienam, 13. §. 1. ff. de mort. cauſ. donat.* ubi Marcellus notat in mortis cauſa donationibus etiam facti quæſtiones eſſe: poſſe ſic donati, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, & ut reddatur etiamſi prior ex eadem valetudine donator deceſſerit, ſi jam mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. Sed & ſic poſſe, ut non aliter reddatur, quam ſi prior ille, qui accepit, deceſſerit: denique ſic quoque poſſe, ut nullo caſu ſit ejus repetitio, ideſt, nec ſi convaluerit quidem donator; quod totidem & iiſdem verbis etiam apud Paulum relatum *l. ſenatus, 35. §. 4. ff. eod.* Nam JCti illic proponunt diverſos caſus, quibus propter mortem vel donantis vel donatarii pro varietate legis adjectæ revocetur aut non revocetur mortis cauſa donatio, ſecus atque ſi nulla lex adjecta fuiſſet, ſalvo tamen hic manente jure revocandi ex pœnitentia. Aliquis enim ſaltem caſus manere debet, quo revocari hæc donatio poſſit, & dici donatorem ſe habere maluiſſe, quam eum, cui donavit: in quo ſubſtantia hujus donationis conſiſtit. Quid vero reſpondebimus ad *Novell. 87. in præfat. & cap. 1.* Juſtiniani eſſe nemo, qui eam legerit, inficiabitur. Et ideo nolim dicere vix eſſe, ut ea in foro ad deciſionem cauſæ allegari poſſit: quamquam a recentioribus inſerta eſt. Sed reſpondemus ex toto tenore tum præfationis, tum *dict. cap. 1. dict. Novell. 87.* ſatis clare apparere Imperatorem loqui de renuntiatione revocationis non indefinita aut abſoluta ex omni cauſa: ſed ex una dumtaxat, nempe ex cauſa pœnitentiæ. Relinquitur itaque ut ex aliis cauſis adhuc revocari queat, puta ob remotionem periculi, cujus contemplationi donatio facta, aut ſi durante adhuc periculo præmoriatur donatarius. Nos autem hic diſputamus, cujus generis donatio habenda ſit, cum quis mortis cauſa ſe donare dicit ea lege ſimpliciter & abſolute adjecta, ut nullo caſu revocetur. Cujuſmodi donationem dicimus annumerandam eſſe donationibus inter vivos; mortis autem cauſæ donationem non eſſe, niſi κατὰ τὸ λέγεσθαι.

CAPUT XXXV.

An diſſenſis in cauſis dandi & accipiendi impediat dominii translationem?

NIHIL tam conveniens eſt æquitati naturali, quam voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *leg. qua ratione, 9. §. 3. ff. de acq. rer. dom. §. per traditionem, 40. Inſtit. de rer. div.* quippe cum ſuæ quiſque rei moderator ſit & arbiter, *l. in re, 21. C. mand.* Cæterum, ut quis velle rem ſuam in alium transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent; primum, ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat: deinde, ut juſtam cauſam habeat, cur velit, puta quia vendidit, date promiſit, &c. Prius ideo deſideratur, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans, eam pro aliena tradit, hoc animo eſt, ut eam tranſferat, *leg. ſi procurator 35. ff. de acq. rer. dom.* & arg. *l. ſi per errorem, 15. ff. de juriſdict.* Ajo in dominio rei ſuæ: nam ſi quis non erret in re ſua, non in ea, de qua transferenda agitur; ſed in re alia, puta in cauſa debendi, hic error alienationi non obſtat: ac propterea indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt. Alterum ideo neceſſarium, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita, ſi venditio, aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſequeretur, l. nunquam, 31. ff. de acq. rer. dom.* Nec dicat quiſquam hoc requiri ſuperflue, cum ſi nulla cauſa adſit, præſumi debeat donatio, arg. *l. Campanus, 47. ff. de oper. libert.* quoniam hoc tunc ſolummodo locum habet, cum res conſulto data eſt, *leg. cujus per errorem, 53. ff. de reg. jur.* Illud non refert, revera præceſſerit cauſa, an opinione tradentis, veluti ſi inde-

Digitized by Google

indebitum per errorem tamquam ex juſta cauſa debitum ſolutum ſit.

Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio obſtet, quo minus dominium transferatur. Et ſiquidem vel in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi vel in accipiente nulla nanciſcendi, nemo dixerit dominium transferri; verbi cauſa, ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam accipias: aut e converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa: hic inquam certum eſt dominium non transferri, quoniam non concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *leg. in omnibus*, 55. *ff. de obl. & act.* At talis ſpecies eſt, quæ proponitur ab Ulpiano in *leg. ſi ego pecuniam*, 18. §. 1. *ff. de reb. cred.*

Nihil ibi dicit JCtus de nummorum dominio aut de extantium in his cauſis repetitione, quia ea res expediti juris eſt, nempe extantes nummos poſſe vindicari, propterea quod eorum dominium translatum non eſt, *leg. rogaſti*, 11. §. *ult. ff. d. l.* §. *ult. Inſt. quib. alien. lic.* ſed quia de conſumptis dubitari poterat, reſpondet eo caſu locum eſſe condictioni, non vindicationi: & recte, cum in neutra ſuperiore ſpecie contingat, ut is a quo repetuntur, aut poſſideat nummos conſumptos, aut dolo malo deſierit poſſidere. Nunquam autem actione in rem tenetur, qui non poſſidet, ſi ſine dolo deſiit poſſidere, *leg. qui petitorio*, 36. *ff. de rei vind.* Intelligit autem haud dubie condictionem ſine cauſa, cum nullum negotium inter tam aperte diſſentientes contrahi manifeſtum ſit. Addit JCtus *ſine doli exceptione*. Reſpiciens nimirum ad ſpeciem initio *d. leg. ſi ego pecuniam*, 18. propoſitam, ubi nummis conſumptis ita condictione teneri dixit accipientem, ut tamen doli exceptione ſe tueri queat; eo quod ſecundum voluntatem dantis conſumpti eſſent. Secus jam eſſe dicit in ea, quam nunc tractat, ſpecie: & merito. Sive enim quis pecuniam det quaſi deponens, ſive quaſi mutuam, utroque caſu hoc animo dat, ut repetat. Proinde quamvis nummi conſumpti ſint ſecundum voluntatem dantis, ut ſit, cum quaſi mutui dati ſunt; tamen quia non eſt hæc voluntas, ut nummi maneant, ſed ut etiam conſumpti reddantur, ſemper cum repetentur certum eſt non repeti eos contra voluntatem, ut contingit in ea, qui quaſi donaturus dedit: ſed maxime ſecundum voluntatem dantis & accipientis; quæ res accipientis omnem exceptionem & tergiverſationem adimit. At enim vero ſi utrinque ſubeſſe exiſtimetur cauſa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti ſi tibi tradam fundum tanquam a me debitum ex teſtamento, tu quaſi ex ſtipulatu debitum accipias, vel ſi ego tradam tibi pecuniam donandi animo, tu eam accipias quaſi creditam, hic quia ex utraque cauſa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem eſſe, dominiumque in accipientem tranſire: ſic enim generaliter definit Julianus in *leg. cum in corpus*, 36. *ff. de acqu. rer. dom.* Videtur tamen a Juliano diſſentire Ulpianus in ſpecie poſteriore, cum videlicet pecuniam tibi dedi quaſi donaturus, tu quaſi mutuam accepiſti, *d. l. ſi ego pecuniam*, 18. *pr. ff. de reb. cred.* primum negat Ulpianus hic eſſe donationem; ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait nec mutuam eſſe: nec in hoc quidem, ut opinor, alter ab altero diſſenſit, quia mutuo data non eſt. Sed hoc idem Ulpianus addit poſtea, *magis ne nummos accipientis non fieri*, in eo dixeris eum diſſidere a Juliano, qui generaliter definit, diſſenſum in cauſis tradendi & accipiendi non obſtare translationi, cum in corpus acquirendum conſentimus: atque hanc regulam etiam eodem exemplo declarat in *d. leg. cum in corpus*, *de acq. rer. dom.* quod proponitur ab Ulpiano in *d. leg. ſi ego pecuniam*, *pr.* Sunt, qui hoc diſſidium componi poſſe negant. Et ſane vix ferri poteſt, quod Alciat, *lib.* 5. *parerg* 15. Zaſius *in d. leg. ſi ego*, 7. *& ſeqq.* Bronchorſt. 2. *aſſer.* 21. Pac. 3. *enant. quaſt.* 67. ad horum locorum conciliationem afferunt, nempe diverſas in iis proponi ſpecies: apud utrumque quidem pecuniam tradi donandi gratia, ſed apud Julianum eam ſic accipi quaſi debitam accipienti ex præcedente contractu, ſeu ſolutionis cauſa datam; apud Ulpianum, quaſi mutuo datam a tradente: pecuniam creditam apud Julianum ſic interpretantes, non quaſi creditam a tradente ſive mutuam datam accipienti, ſed quaſi creditam antea tradenti ab accipiente, qui patet eum tamquam ſibi debitam nunc ſolvi. Utique hanc interpretationem contextus pati non poteſt. Nam ex verbis præſentis temporis, quibus Julianus utitur, nempe *tradam* & *accipias*, apparet etiam donandi animum & crediti verbum ad idem tempus referri debere; ut ſit ſenſus, ſi pecuniam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi nunc creditam tibi accipias: non poteſt autem pecunia intelligi nunc a te credita, cum a te non ſit profecta, qui eam non das, ſed a me, qui eam tibi trado. Ego enim is ſum, qui dicor eam tibi tradere: ac proinde etiam cum credita eſſe poſtea dicitur, a me quoque credita, id eſt, tibi mutuo data intelligi debet. Quamquam, quid hoc verbo intellexerit Julianus, anxie laborare non debemus: nam etſi debemus non eſſe id exemplum, quod diximus; tamen definitio generalis poſita in *d. leg. cum in corpus*, ſatis id exemplum & ſimilia omnia complectitur, ubi id actum, ut dominus fieret,

qui

qui accepit : quod utiquo etiam tunc agi intelligitur, cum tibi dedi pecuniam donandi animo; tu eam quaſi mutuam accipis : quoniam & hic in eo conſentitur, ut proprietas, id eſt, dominium *leg. 13. ff. de acq. rer. dom.* tranſeat in accipientem, licet ille hoc animo ſit, ut parem ſummam quandoque reſtituat. Neque video quid interſit, utrum conventio aliqua de donando ſive revera ſive opinione tradentis præceſſerit, an ſtatim & acturum nulla conventione præcedente donandi cauſa pecuniam tradiderit, eaque quaſi mutua accepta ſit : neque enim minus hoc quam illo caſu ex utraque parte id pariter agitur, ut dominium transferatur. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert Connanus *lib. 3. comment. cap. 17.* & Donellus ad *d. leg. ſi ego pecuniam*, nimirum verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem pati poſſe interpretationem : poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non ſiant accipientis : poſſe etiam ſic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, non ita ut apud eum manere debeant, *arg. l. aliud eſt capere, 71. ff. de verb. ſignifi. leg. non videtur, 51. de reg. jur. leg. cum quis, 38. §. qui hominem, 3. ff. de ſolut.* comparate videlicet, & reſpectu acquiſitionis rei, quæ ex cauſa donationis traditur & accipitur : fiant tamen ejus inſpecto initio, quia proprietas eorum ſtatim transfertur, cujus rei hic effectus eſt, ut etiamſi adhuc extent, vindicari nequeant. Hoc autem poſterjore modo verba Ulpiani capienda eſſe propter illam, quam diximus generalem definitionem Juliani. Quid quod hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano ſubjecta nobis ultro ſuppeditat, *cum alia opinione acceperit* : quippe qui donatum ſibi tamquam mutuum accipit, non eo animo eſt, ut dominus non fiat, ſed ut hoc fiat ſimpiciter, & ſine obligatione reſtituendi tantundem, tamquam ex cauſa donationis. Unde apparet JCtum, licet his verbis, *magiſque nummos accipientis non fieri*, videatur reſpondere de dominio, vi tamen ipſa reſpondere de repetitione, nempe etſi fiunt quidem nummi accipientis; non tamen fieri perfecte, non ita quin avocari queant. Igitur ais, inquiet aliquis, ſi tibi dem pecuniam donandi gratia, tu eam quaſi mutuam accipias, nummos, etiamſi adhuc extent, vindicari non poſſe? Ajo enimvero, hoc enim neceſſario conſequitur poſita dominii nummorum translatione. Neque contrarium eſt, quod Ulpianus in *d. leg. ſi ego pecuniam* ſcribit, *Quare ſi eos conſumpſeris, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poteris; quia ſecundum voluntatem dantis nummi conſumpti*. Nam inde non recte colligas, ſi nummi adhuc extant, eos vindicari poſſe; ſed hoc tantum, poſſe eo caſu condici ſine metu exceptionis : cum ſi conſumpti fuerint, licet condictio perſeveret, ei tamen non noceat accipienti, cum poſſit condicentem repellere exceptione doli, propterea quod ſecundum voluntatem ejus conſumpti ſunt. Perinde ergo eſt, ac ſi dixiſſet, licet nummi condici poſſunt, ſive extent, ſive conſumpti ſint, hoc tamen intereſſe, quod conſumptis nummis condictio ſit ineſſicax : &c. Idem autem de extantibus nullo modo dici poteſt, ac ne quidem de conſumptis poſt revocatam voluntatem. Nec vindicari igitur extantes poſſunt, quippe dominio eorum in accipientem tranſlato; nec conſumpti efficaciter condici, quia conſumpti ſecundum voluntatem dantis. Si vero adhuc extent, condictio erit efficax, eoſque mutata ante conſumptionem voluntate repetens nulla exceptione ſummoveri poterit. Locus autem hic erit condictioni ſine cauſa. Nam cum nummi ad accipientem pervenerunt ſine ea cauſa, ob quam vel dati vel accepti ſunt, condictionem ſine cauſa inde naſci neceſſe eſt, ſi dominium, quod jam probavimus, in accipientem translatum eſt, *leg. 1. in fin. ff. de cond. ſin. cauſ.*

CAPUT XXXVI.

Poſſitne dari plena poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies omnes complectatur : & quænam ſint iſtæ ſpecies?

VARII variis modis definire conati ſunt quid ſit poſſeſſio : ſed nimium ſcrupuloſi fuerunt, & plerique in hiſce definitionibus in vitium illud inciderunt, quod Galenus φιλαλυτίαν appellat, quaſi libidinem & nimium amorem in definiendo. Atque hi longiſſime receſſerunt a more & exemplo veterum JCtorum, qui in quærenda & conficienda accurata poſſeſſionis definitione noluerunt nimis eſſe ſoliciti. Utique Paulus noſter in *leg. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* contentus fuit etymo verbi, & nuda aliqua deſcriptione, cum poſſeſſionem vocat κατοχὴν, id eſt, detentionem. Ait autem porro poſſeſſionem dictam eſſe a ſedibus, quaſi poſitionem ſedium; ita enim in libris Florentinis legitur; ac melior eſt hæc lectio, quam vulgata illa Accurſii, Bartoli & aliorum, qui legunt, *Poſſeſſio appellata eſt a pedibus, quaſi pedum poſitio*, nam poſſeſſio in etymo vocabuli nihil commune habet cum pedibus. Poſſidet ergo, qui ſedes poſuit : nec a grammatica notatione id abhorret, *poſſeſſio, poſitio ſedium*. Grammatici tamen poſſeſſionem derivant a verbo *ſedeo* juncta particula *pos*, aut *potis*, *pote*; unde adhuc hodie dicitur *impos*, *compos*, *poſſum*, quaſi pos vel potis ſum, & *poſſidere* quaſi poſſe ſedere. Qui enim poſſidet agrum, is ingredi, diſcedere, redire, item ſedere & tenere poteſt. Atque hæc ipſa derivatio JCtis improbari non poteſt, qui & poſſeſſionem acquirere nos poſſe ajunt; ſi ejus rei, quæ ante oculos noſtros poſita eſt,

appre-

apprehendendæ poteſtas nobis fiat, etſi eam manu aut pedibus non attigerimus, *leg. 1. §. ſi juſſerim, 21. ff. de acq. poſſ. leg. quod meo, 18. §. 2. eod.* & poſſeſſionem tamdiu nos retinere, donec facultatem & poteſtatem redeundi, inſiſtendi, atque inſidendi habemus, *leg. 6. §. ult. & leg. ſeq. ff. eod.* Hinc jam ubi in hunc locum inciderunt, arrepta plerique occaſione diſputant de vi argumenti ab etymologia ſive notatione, & contra a nomine ſumpti, ſive de mutua arguendi affectione, quæ inter nomen, & notationem intercedit. Sed hæc diſputatio cum non ſit hujus loci & tota logica, ad logicos remittenda eſt. Illud certum eſt, etymologiam aptiorem eſſe ad explicandum, quam ad probandum. Eſt enim, ut Galenus ait, *leg. 2. de decret.* Hipocr. & Plat. *μάρτυς οἰκεῖος*, quamvis, ut quibuſdam placet, ſit *ἐξηγητὴς ἀξιός*, interpres idoneus. Notandum porro eſt, interdum poſſeſſionis verbo proprietatem ſignificari, *leg. interdum, 78. ff. de verb. ſign. ἢ ἄλλῳ οὐσίαν* Cicero in *paradox. Dives eſt, cui tanta poſſeſſio eſt, ut liberaliter poſſit vivere*, tanta poſſeſſio, id eſt tanta ſubſtantia, tantæ facultates. Sed maxime de rebus ſoli ſeu prædiis dicitur. Cicero *orat. 1. in Catil. Qui magno ære alieno majores etiam poſſeſſiones habent*, apud noſtros paſſim, *leg. pen. ff. de alien. jud. mut. ca. leg. quæſitum, 12. pr. ff. de inſtruct. vel inſtrum. l. leg. 3. ff. de extraord. cogn. leg. 6. leg. 15. C. de rei vind. leg. 2. C. de prob. leg. 8. Cod. de compenſ.* &c. eadem ſcilicet ſignificatione, qua apud Græcos *κτῆμα*, aut Poetas *κτέαρ*. Denique & illud notandum, poſſeſſionis verbum interdum abuſive uſurpari pro uſucapione, forte ideo, quia poſſeſſionis civilis proprius hic effectus eſt, ut eam ſuo tempore ſequatur uſucapio. Ita uſurpatur id verbum in *leg. denique, 19. ff. ex quib. cauſ. maj. l. ait prætor, 23. §. 1. eod. l. poſſeſſio, 20. ff. de uſucap.*

Ergo, ut dixi, Paulus in *leg. 1. pr. ff. de acq. poſſ.* non definivit poſſeſſionem, ſed poſt allatum etymon nuda deſcriptione contentus dixit eſſe *κατοχὴν*. Quomodo igitur eam definiemus? Sane quoniam definitio omnes ſpecies complecti debet, eaſque multas habet poſſeſſio, cum alia ſit civilis, alia naturalis; alia juſta, alia injuſta; alia corpore, alia jure conſtans: de quibus ſpeciebus mox ex profeſſo: maluerunt olim periti ſſimi homines a definitione poſſeſſionis abſtinere. Accurſius in *leg. ſtipulatio, 38. §. hæc quoque, 5. ff. de verb. oblig.* ait eos auſos non fuiſſe poſſeſſionem definire. Quid ergo? An non poteſt dari plena & perfecta poſſeſſionis definitio, quæ ſpecies ejus omnes complectatur, atque, ut in ſcholis loquuntur, quæ cum ſuo definito reciprocetur? Ajo enim vero: nam quod difficile eſt, non utique & impoſſibile. Quamobrem, ut mori publico ſatisfiat, eam hoc modo definio; Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio cui ineſt affectus vel proprio vel alieno nomine rem tenendi. Vox detentionis hic locum generis obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſſidere, quippe cum is etiam teneat, qui ſine judicio, aut voluntate affectuve tenet. At detentio, quæ in poſſeſſione locorum habet, juncta eſſe debet cum affectione & voluntate tenendi, *leg. qui jure, 41. ff. de acq. poſſ.* qua de cauſa etſi tenet furioſus, non tamen poſſidet, *leg. 1. §. 3. & §. & ideo, 10. ff. eod.* Deinde detentio hæc vel vera eſt, puta cum is, qui poſſidet, per ſe & corpore ſuo, non per alium poſſidet; vel ficta per juris interpretationem, puta cum poſſideo corpore alieno & animo meo; vel ſimul corpore & animo alieno, *leg. 3. §. cæterum, 12. ff. eod.* unde orta diviſio poſſeſſionis in eam, quæ jure, & eam quæ corpore conſiſtit, *leg. nemo, 10. C. eod.* Sequitur, *rei corporalis*, quia res incorporales natura ſua poſſeſſionem non recipiunt, *leg. ſi ædes, 32. §. 1. ff. de ſerv. præd. urb. leg. 4. §. ſi viam, 27. ff. de uſuc. leg. ſervus, 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Nulla enim res detineri poteſt, niſi corpus: & poſſeſſionis initium eſt corporis ad corpus adjunctio. Ac proinde rerum incorporalium dicitur quaſi poſſeſſio, *leg. ait prætor, 23. §. 2. ex quib. cauſ. maj. leg. ſi quis diuturno, 10. ff. ſi ſerv. vindic. l. 3. §. pen. unde vi*, & interdicta conſtituta de ſervitutibus, quæ ſunt res incorporales, quaſi poſſeſſoria, *l. ult. ff. de ſerv. d. l. 3. §. pen. ff. unde vi*, quæ cauſa eſt, quod Græci rebus incorporalibus non tribuunt *κατοχὴν*, ſed *χρῆσιν*. Et recte igitur Theophilus. *Inſt. de interd.* *νομή*, inquit, *ὅτι σωματικῶν πραγμάτων κατοχή*. At male illi, qui ita diſtinguunt, ut dicant res corporales perfecte & nobiliori modo poſſideri, res incorporales minus perfecte. Dicendum enim eſt illas vere & proprie poſſideri, has non item. Vox *quaſi* nota eſt impropriet atis.

Non adjeci in definitione rei corporalis ab aliis poſſeſſoribus vacuæ: hoc enim qui addunt, putant rem eandem a pluribus in ſolidum poſſideri non poſſe: quod an verum ſit, merito dubites propter, *leg. 3. pr. ff. uti poſſid. leg. 5. §. 1. ff. de acq. poſſ. l. ſciendum, 15. §. 3. ff. qui ſatiſd. cog.* cum ſimilib. Utique diverſi generis poſſeſſio penes duos eſſe poteſt, ut naturalis apud creditorem, civilis apud debitorem, *leg. ſervi, 16. ff. de uſuc. l. qui pignori, 36. & leg. ſeq. ff. de acq. poſſ. l. ſi pignus, 37. ff. de pign. act.* ſed hoc pluribus nunc excutere non lubet. Poſtremo non dixi in definitione, animo aut opinione domini, quod item plerique adjiciunt: quia tunc definitio ad eam ſere ſpeciem poſſeſſionis duntaxat pertineret, quæ civilis eſt, & ad uſucapionem prodeſt. Nos vero omnes poſſeſſionis ſpecies definitione noſtra complecti voluimus: aperte autem duæ ſpecies poſſeſſionis conſtituuntur, quarum altera ſit cum animo & opinione domini, altera non item,

leg. 7.

Digitized by Google

leg. 7. §. 4. *ff. comm. div. leg. qui quæcumque*, 13. §. 1. *ff. de publ. in rem act. leg. ſi ſervus*, 22. §. 1. *ff. de nox. act.* Is, cui ea mente poſſeſſio tradita eſt, ut eam poſtea reſtituat, poſſidet, quamvis affectu domini rem non tenet, *l. ſi quis*, 17. §. 1. *in fin. ff. de acq. rer. dom.* Si omittendæ poſſeſſionis cauſa res apud ſequeſtrem depoſita ſit, ſequeſter poſſidet, *l. intereſſe*, 37. *ff. de acq. poſſ.* qui tamen animum dominantis non habet. Quare cum Teophilus, §. 4. *Inſt. per quas perſ. cuiq. ac.* definit poſſeſſionem, νομὴ ἐςι τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι, non eſt credendum eum in genere poſſeſſionem definire voluiſſe, ſed eam dumtaxat ſpeciem, quæ civilis dicitur, accommodata ſcilicet definitione ad verba textus Juſtinianei. Nam cum dixiſſet Imperator bonæ fidei poſſeſſorem uſucapto ſervo per eum ex omnibus cauſis acquirere, mox ſubjicit, fructuarium uſucapere non poſſe, addita etiam hac ratione, quia non poſſidet: quem tamen conſtat naturaliter poſſidere, *l.* 12. *ff. de acq. poſſ.* Videamus nunc quotuplex ſit poſſeſſio.

Prima & principalis diviſio poſſeſſionis hæc ſit, quod alia civilis eſt, alia naturalis. Civiliter poſſidet, qui animo & cogitatione domini poſſidet juſta ex cauſa & bona fide. Is autem ideo dicitur civiliter poſſidere, quia hæc poſſeſſio ei prodeſt ad civilem uſucapionis effectum: atque ad hanc ſpeciem tantum pertinet definitio illa Theophili ſupra relata. Hæc poſſeſſio ſæpe abſolute & κατ᾽ ἐξοχὴν poſſeſſio dicitur, ut cæteri, quibus poſſeſſio ad uſucapionem non prodeſt, hoc reſpectu interdum dicantur non poſſidere, §. *de iis autem*, 4. *verſ. fructuarius vero*, *Inſt. per quas perſ. cuiq. acq.* ſed potius eſſe in poſſeſſione, §. 5. *Inſt. de interd. l.* 6. §. 2. *ff. d. precar. l.* 9. *ff. de rei vind. l.* 8. *ff. commod.* Naturaliter poſſidet, qui injuſte, aut abſque animo & affectu domini poſſidet. Diviſio hæc petita eſt ex *l.* 1. §. *dejicitur*, 9. *& ſeq. ff. de vi & vi arm. l. cum heredes*, 23. §. 2. *& l. ſeq. de acq. poſſ. l.* 2. §. 1. *ff. pro her. l.* 3. §. *ult. l. tigni*, 7. §. 1. *ff. ad exhib. l. quæcumque*, 13. §. 5. *ff. de publ. in rem act. l.* 7. §. *neque*, 11. *ff. comm. divid.*

Civilis poſſeſſio ſemper juſta eſſe debet: naturalis modo injuſta eſt, *l. ſi eum*, 26. *pr. ff. de don. int. vir. & ux. l. quod uxor*, 16. *ff. de acq. poſſ. l.* 1. §. 9. *&* 10. *ff. unde vi*, *l.* 7. §. 4. *ff. comm. div.* modo juſta, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act. l.* 12. *ff. de acq. poſſ. l. ſi ſervus*, 22. §. 1. *ff. de nox. act. d. l.* 7. §. 4. *comm. div.* & qui ita poſſident, interdum & bona fide poſſidere dicuntur, *l. ſi pignore*, 22. §. 2. *ff. de pign. act.* ſed tunc bonæ fidei poſſeſſor non intelligitur is, qui civiliter poſſidet, ſed qui juſte, licet non ex cauſa, ex qua dominium tranſire ſolet, ut in *d. l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* & *d. l.* 22. §. 1. *ff. de noxal. act.* At in materia uſucapionis alio ſignificatu dicitur bonæ fidei poſſeſſor, nempe is, qui civiliter poſſidet ad civilem uſucapionis effectum. Sed & qui injuſte, hoc eſt, ſine titulo poſſidet, ſi illæſam habeat rei alienæ, quam poſſidet, conſcientiam, forte quod in jure errans ſe dominum factum putet, bona fide poſſidere dicendus eſt, quamvis uſucapio ei non procedat, *l. ubi lex*, 24. *l. ſi fur.* 32. §. 1. *ff. de uſuc.* nam quæ poſſeſſio propter defectum tituli injuſta eſt, propter voluntatem domini eam tradentis pro bonæ fidei habenda eſt, *arg. l. fructus*, 45. *ff. de uſur.* Interpretes vulgo civilem poſſeſſionem ex animo, naturalem ex corpore & animo æſtimare ſolent, ſed minus recte: quanquam non tam craſſe diſputant, ut civilem exiſtiment per diſceſſum demum exiſtere, ſed eam, quæ cum naturali antea conjuncta erat, retineri, naturalem autem ſolam amitti, vel potius modum poſſidendi mutari, quippe corpore tenere aut animo, non tam eſſe ſpecies poſſeſſionis quam modos poſſidendi, *l.* 3. §. *Nerva*, 13. *ff. de acq. poſſ.* ubi hactenus res poſſideri dicitur, quatenus, ſi velimus, naturalem poſſeſſionem mancisci poſſumus. Hinc vero apparet diviſionem poſſeſſionis in juſtam & in injuſtam non eſſe diviſionem primam, ſed ſubdiviſionem. Item non omnem poſſeſſionem injuſtam eſſe malæ fidei. Denique nec omnem naturalem eſſe injuſtam, neque omnem, quæ juſta eſt, eſſe civilem.

Porro eorum, qui naturaliter poſſident, eſt & hæc ſubdiſtinctio, quod aut ſibi ſuove nomine poſſident veluti quod prædo, aut quod conjux a conjuge ſibi donatum poſſidet aut quod fructuarius, licet hic abſit animus dominantis, *l. fructuarius*, 21. *ff. quemad. ſerv. am.* Et hujuſmodi poſſeſſoribus etiam remedia poſſeſſoria dantur, *l.* 1. §. 9. *&* 10. *ff. de vi arm. l.* 3. §. 13. *eod.* aut nomine alieno: quomodo poſſident, quicumque noſtro nomine in poſſeſſione ſunt, *l. generaliter*, 9. *l. quod meo*, 18. *ff. de acq. poſſ.* §. *poſſidere*, *Inſt. de interd. l.* 2. §. 1. *de act. empt. l.* 7. §. *item ſi duo*, 8. *&* §. *neque*, 11. *ff. comm. div.*

Rurſus alia eſt poſſeſſio, quæ jure, alia, quæ corpore conſtat, *l. nemo*, 10. *Cod. de acq. her.* quæ diviſio locum habet tam in civilli, quam in naturali poſſeſſione. Civilis poſſeſſio corpore conſiſtit, cum ipſe per ſe poſſidet, qui eſt in conditione uſucapiendi. Jure eadem conſtat, cum per alium poſſidet, ut in *l.* 1. §. *per eum*, 8. *l.* 3. §. *cæterum*, 12. *l. quod nemo*, 18. *l. qui pignoris*, 36. *ff. eod. l. ſervi*, 16. *ff. de uſuc.* Naturalis poſſeſſio corpore conſtat, cum is, qui naturaliter poſſidet, per ſe poſſidet, non per alium: eadem jure conſiſtit, veluti ſi rem pignori obligatam debitor conduxerit aut precario rogaverit, poſſeſſio creditoris, quæ naturalis eſt, jure conſtat, *l. ſi rem*, 29. *l. ſi quis*, 36. *& l. ſeq. ff. de pign. act. l. res pignoris*, 37. *ff. de acq. poſſ.*

In poſſeſſione, quæ jure conſtat, admittitur ficto, eaque jure civili, unde ortum habet, infirma-

Infirmatur, *l. ait prætor*, 23. §. 3. *ff. ex quib. cauſ. maj. l. in bello*, 12. §. 3. *ff. de capt. & poſtl. rev.* Hinc eſt, quod hæc poſſeſſio plurimum juris habere dicitur, & non tantum corporis, ſed & juris eſſe, *l. poſſeſſio*, 49. *pr. &* §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At poſſeſſio, quæ corpore conſtat, facti magis eſt, quam juris, *l.* 1. §. *furioſus*, 3. *& ſeq. ff. eod.* id eſt, plurimum, ut alibi dicitur, facti habet, *l. denique*, 19. *ff. ex quib. ca. maj.* & ideo fictionis non eſt capax, nec infirmatur jure civili, *d. l. denique*, *l. ait prætor*, 23. §. 1. *ff. ex quib. ca. maj. l. cum heredes*, 23. §. 1. *ff. de acq. poſſ. l. in bello*, 12. §. 2. *ff. de capt. & poſtl. rev.* ubi Marcelli ſententia non diſtinguentis rejicitur approbata Juliani. Illud notandum eſt, poſſeſſionem, quæ corpore conſtat, aliquando appellari naturalem; quo ſignificatu naturalis poſſeſſio nihil aliud eſt, niſi poſſeſſio actualis, quam quis corpore ſuo habet, & naturaliter poſſidere, eſt non ſolo animo; ſed & corpore poſſidere, ut in *leg. ea quæ*, 53. *ff. de acq. rer. dom. l.* 1. *pr. &* §. 1. *l.* 3. §. 3. *&* 13. *l.* 23. *pr. &* §. 1. *ff. de acq. poſſ.* ſive corpore & animo poſſeſſioni incumbere, ut loquitur Marcellus in *l. qui bona*, 19. §. 1. *ff. eod.* Certe quod *d. l.* 23. *pr.* dicitur naturaliter appprehendi, id in *d. l.* §. 1. dicitur corporaliter amitti, ita ut hæc ſubinde promiſcue ſumantur, naturaliter poſſidere & corporaliter. Et hoc ſenſu ſi accipias naturalem poſſeſſionem, poteſt utique talis poſſeſſio ſimul etiam civilis eſſe, ut ex locis allegatis apparet: & tunc poſſeſſio civilis & naturalis non opponuntur. At cum dico aliam eſſe poſſeſſionem civilem, aliam naturalem (quæ diviſio & oppoſitio eſt in *l.* 1. §. 9. *&* 10. *ff. de vi & de vi arm. l.* 24. *ff. de acq. poſſ. l. ſi cum*, 26. *ff. de donat. int. vir & ux.* cum ſimilib.) tunc poſſeſſio naturalis longe aliud eſt, nempe ea poſſeſſio, quam quis habet ſine titulo, aut opinione domini; & propterea ex adverſo opponitur civili poſſeſſioni, ut hæ duæ ſpecies ſimul eodem tempore concurrere & eædem eſſe non poſſint: quamvis poſſint, ut duæ diverſæ poſſeſſiones in eadem eſſe perſona, ut unus & idem poſſideat civiliter & naturaliter, uti in ſpecie *l. qui pignoris*, 36. *ff. de acq. poſſ.* ubi idem & civiliter poſſidet, & precario id eſt, naturaliter, add. *leg.* 29. *leg.* 35. §. 1. *leg.* 37. *ff. de pign. act.* junct. *leg.* 16. *ff. de uſuc.* Atque hæc locutionis homonymia & duplex naturalis poſſeſſionis ſignificatio omnes, quotquot vidi, interpretes conjecit in varios errores & perplexas diſputationes. Vaſquius ex hujus rei ignorantia puravit, jure primævo dominium rerum acquiſitum fuiſſe poſſeſſione naturali, quæ civili opponitur, *l. 2. controv. c.* 57. *n.* 21. *& ſeqq.*

Non obſtat his diviſionibus, quod tituli ff. & C. concepti ſunt de acquirenda poſſeſſione, quaſi hinc efficiatur unam eſſe duntaxat & ſimplicem poſſeſſionem. Nam etſi genus plures habet ſub ſe ſpecies, recte tamen numero utilitatis proponitur. Sic cum in *l.* 2. §. *genera*, 21. *in fin. ff. eod.* unum dicitur eſſe genus poſſeſſionis, non ideo negari poteſt eſſe ſub hoc genere diverſas ſpecies. Et poſſeſſio ibi conſertur cum titulis & cauſis poſſidendi, quæ cum valde multæ ſint & variæ, earum reſpectu unum eſſe genus poſſidendi dicitur, ſpecies, quo nomine JCtus illic intelligit cauſas & titulos, infinitæ. Sed & alias non ſemper genus & ſpecies ſignificatione dialectica a noſtris uſurpantur, *l.* 4. §. 1. *ff. de vulg. & pup. ſubſt. leg. Thais*, 41. §. *item quæro*, 8. *ff. de fideic. libert.*

Alio & plane diverſo reſpectu ac ſenſu dicitur aliquis pleno jure poſſidere, nempe qui plenum jus dominii habet, *leg.* 1. *C. de revoc. donat.* Bald. *in l. fœminæ*, 3. §. *illud etiam*, *C. de ſec. nupt.* Mindan. *de nat. poſſ. c.* 7. *num.* 9. Itaque cæteri, qui domini non ſunt, etſi civiliter & bona fide juſtoque titulo poſſident, non tamen dici poſſunt pleno jure poſſidere. Sed ea ſpecies poſſeſſionis, quam dominus pleno jure habet, & quam cauſalem appellare poſſumus, huc non pertinet, non magis, quam uſufructus cauſalis aut cauſales ſervitutes ad argumenta de uſufructu aut de ſervitutibus prædiorum.

CAPUT XXXVII.

An in eo, quod intereſt, æſtimando etiam lucri ratio habeatur?

VERBUM hoc *intereſſe* in jure noſtro dupliciter uſurpari ſolet, uno modo generaliter pro eo, quod ad utilitatem vel publicam, ut in *leg.* 1. *ff. ſolut. matrim. leg. ſervo*, 65. §. 2. *ff. ad ſenat. Trebell. leg. intereſt*, 18. *ff. de reb. auct. jud. leg.* 1. §. 1. *ff. de incend. ruin. naufrag.* vel privatam alicujus pertinet ut in *leg. pen. ff. ad exhib. leg.* 7. *ff. de ſerv. export. leg. pater filiæ*, 71. *ff. de evict. leg. & heredis*, 21. §. *ult. ff. de pact.* cum ſimilib. altero modo ſpecialiter pro eo quod extrinſecus rei ſuccedit vel accedit, ob damnum acceptum aut lucrum amiſſum; de quo ſolo hic quæritur. Sic autem dicitur ad differentiam rei ſeu debiti principalis: nec tantum rem ipſam principalem, ſed etiam eſtimationem ejus excludit, *l.* 16. §. *conſiderandum*, 20. *ff. de tut. & rat. diſtrah.* Unde recte infert Molinæus *tract. de eo, quod intereſt*, remittentem damna & intereſſe, non cenſeri remittere rem principalem. Et vulgo quidem tria ejus, quod intereſt, genera conſtituuntur: conventum, quod ſit pœna nomine ejus, quod intereſt, promiſſa: ſingulare, quod ex privata affectione æſtimetur: & commune, quod æſtimetur, quanti res communiter omnibus valet. Sed ex tribus hiſce generibus duo priora hinc removenda, conventum ſcilicet, quia

pœnæ

Digitized by Google

pœnæ quantitas certa eſt, & peti poteſt, etiam tunc quando nihil intereſt, *leg. ſtipulatio iſta*, 38. §. *alteri*, 17. *ff. de verb. obl.* & ſingulare, quoniam res non ex affectione ſingulorum privata æſtimantur, ſed ex eo quanti communiter omnibus valent, *leg. pretia rerum*, 63. *ff. ad leg. Falc. leg. ſi ſervum*, 33. *ff. ad leg. Aquil.* Bene vero ſic id, quod intereſt, vulgo definitur, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus: ſeu damnum emergens & lucrum ceſſans ex eo, quod factum non eſt, quod fieri debuit, *leg. ſi commiſſa*, 13. *ff. rat. rer. hab. leg. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Ergo ut quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit, aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet, quod promiſſum eſt; quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus. Et quidem cum apud veteres dubitatum eſſet, quænam in ejus quod intereſt, taxatione partes eſſent judicis, & ad quam uſque quantitatem id æſtimari deberet, viſum fuit Juſtiniano hujuſmodi prolixitatem prout poſſibile eſt, in anguſtum coarctare, ſicut ipſe loquitur in *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Ait quoad poſſibile eſt: abſolute enim id definiri nequit: quoniam tota hæc quæſtio in facto, non in jure conſiſtit, *leg. quatenus*, 24. *ff. de reg. jur.* ac proinde magis ad judicis poteſtatem quam ad juris definitionem pertinet, *l. ordine*, 15. *in fin. pr. ff. ad municip. leg.* 1. §. *quorum*, 4. *ff. ad ſen. Turpill.* Diſtinxit ergo Juſtinianus caſus certos a caſibus incertis; in illis vetuit id quod intereſt, dupli quantitatem excedere: in his totum juſſit præſtari, quod intereſt. Caſus certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam, puta certam ſummam aliamve quantitatem in pondere, numero, menſura, vel ſpeciem certumve corpus. Proinde ſi v. c. venditor aut locator ob id quod rem aut uſum rei non præſtant, in id, quod adverſarii intereſt, condemnandi ſunt, in eo æſtimando duplum dicti pretii aut mercedis excedi non oportebit, quia certam quantitatem hi caſus habent. Caſus incerti ſunt, qui quantitatem contineant incertam. Cum autem nulla quantitas incerta eſſe poſſit, quæ quidem deſignetur, niſi quæ deſignatur appellatione ejus quod intereſt: apparet eos ſolos caſus eſſe incertos, in quibus ejus quod intereſt, præſtatio petitiove continetur. Itaque huc pertinent contractus omnes, quibus ut quid fiat, continetur: quales ſunt ſtipulationes faciendi, obligationes mandati, tutelæ, negotiorum geſtorum: maleficia, ex quibus actio in id, quanti ea res eſt, de qua agitur, ut fit in lege Aquilia de damno injuria dato; in interdicto unde vi, iis rebus amiſſis, quæ in fundo erant; in furto ſurrepta ea re, quæ certo die ſub pœna debebatur: in ſumma actiones omnes quibus indemnitas principaliter petitur, *leg.* 13. §. 1. *ff. de re jud. l. ſi pœnam*, 68. *l. ſtipulationes*, 72. *l. ubi autem*, 75. §. *ubi autem*, 7. *ff. de verb. obl. l. ſi procuratorem*, 8. §. *mandati*, 6. *ff. mand. l.* 1. *ff. de tut. & rat. diſtr. l.* 2. *ff. de neg. geſt. l. ait lex*, 21. *ff. ad l. Aquil. l.* 1. §. *non ſolum*, 41. *ff. de vi & de vi arm. l. inficiando*, 67. §. 1. *ff. de furt.* In his igitur omnibus tantum, quantum revera intereſt, ex conſtitutione Juſtiniani præſtandum. Et quidem juxta veterum ſententiam, quam & Juſtinianus comprobat, in eo quod intereſt æſtimando non damni tantum, verum etiam lucri ratio habetur, *l.* 2. *in fin. ff. de eo quod cert. loc. l. ſi fundus*, 33. *verſ. nam & ſi*, *ff. locat. l. ſi commiſſa*, 13. *ff. rat. rem hab.* exempla in *l. proinde*, 22. *& l. ſeq. ff. ad l. Aquil. l. ſi mulier*, 21. §. 3. & 4. *ff. de act. rer. amot. l. ſi procurator*, 18. *ff. rat. rem hab.* Unde igitur nata dubitatio, an in æſtimando eo, quod intereſt, etiam lucri ratio habenda? Ex eo videlicet, quod veteres contraria in ſpeciem reſpondiſſe videntur: nam quidam ſunt loci, quibus lucrum ab eo quod intereſt, diſerte removetur, ut in *l. ſi ſterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de per. & comm. rei vend. l. Proculus ait*, 26. *ff. de damn. infect. l.* 1. §. *ſicut autem*, 21. *ff. de aq. pluv. arc. l. is cui*, 71. §. 1. *ff. de furt.* Quid igitur ad hoſce locos reſpondemus? Nimirum removeri quidem his locis lucrum ab eo quod intereſt, ſed lucrum, quod aut circa rem non conſiſtit (extrinſecum vulgo vocant) quale damnum ſimiliter removetur; aut injuſtum, quod merito veteres exceperunt. Id vero ita eſſe quivis intelligere potuerit, qui modo cauſas, quæ in hujuſmodi locis proponuntur, earumque rationem, quæ ad hypotheſin accommodatur, animadvertet. Paulus in *d. leg. ſi ſterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt.* excludit lucrum: ſed an ideo, quia putet damni tantum, non etiam lucri habendam rationem? minime: quoniam non ſolum lucrum removet, quod circa rem non conſiſtit, ſed etiam hujuſmodi damnum: ait enim non magis id lucrum æſtimandum, quam ſi emptor triticum emerit, & ob eam rem quod non ſit traditum, familia ejus fame laboraverit, &c. Removet ergo id lucrum duntaxat, quod non circa rem conſiſtit. Idem reſponſum eſto ad *d. l. ult. ff. de per. & comm. rei vend.* cui adde *leg. venditor*, 21. *verſ. pretium enim*, *ff. de her. vend.* In *d. leg. Proculus*, 26. *ff. de damn. infect.* damnum quidem admittitur, & lucrum ſimpliciter excipitur: ſed agitur illic de lucro injuſto, de eo lucro, quod ab ipſo vicino & ejus beneficio habebatur quo non diutius uti licet, quam quod is patitur: nec lucrum abſolute, ſed veluti lucrum appellatur. Simile eſt, quod in *d. leg.* 1. §. *ſicut autem*, 21. *de aq. pluv. arc.* Ofilius & Labeo ajunt, actionem aquæ pluviæ arcendæ locum habere, ſi aqua pluvia noceat, non ſi non proſit, veluti ſi vicinus opus fecerit, ne aqua, quæ alioquin decurrens agro meo proderat, huic proſit. Permittitur enim

cuili-

cuilibet ſibi conſulere, etiamſi per id ex conſequentia alter commodo aliquo privetur, aut etiam incommodo aliquo afficiatur, *l. cum eo*, 9. *ff. de ſerv. præd. urb. l. ficus*, 8. §. *Ariſto*, 5. *ff. ſi ſerv. vind. l. ſi in meo*, 21. *ff. de aq. pluv. arc.* In *l. ſi is cui*, 71. §. 1. *ff. de furt.* non definitur τὸ intereſſe, ſed cujus interſit in actione furti: ubi recte dicitur ejus intereſſe diverti, qui damnum paſſurus eſt, non ejus, qui lucrum facturus: quia in eo genere lucrum non poteſt niſi injuſtum eſſe. Nam ſive res noſtra ſurrepta eſt, & eſt aperte damnum, ſive aliena, cujus cuſtodiam debemus; & idem eſt ſi ea non recepta damnum luere domino cogimur. Quod ſi quis hoc tantum ſua intereſſe dicat, ut lucrum poſſeſſionis faciat eamve poſſidendo quærat, id ex re aliena non honeſte captatur, add. Cont. tract. de *eo quod int. c.* 3. *&* 4. Alciat. *in comment. ad d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. c. ult.* Donell. *c.* 10.

CAPUT XXXVIII.

Num in taxatione ejus quod intereſt, id omne, quod actor conſequi potuit, neque conſecutus eſt, ſine exceptione æſtimetur?

JUSTINIANUS ſic ex veterum ſententia conſtituit, damnum, quod revera inducitur; lucrum, quod revera abeſt, præſtetur, *leg. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Non eſt autem dubitandum, quin his verbis Juſtinianus exprimere voluerit id quod ex veteribus Paulus ſcripſit, omnem utilitatem in æſtimatione venire, quæ circa rem conſiſtit, non venire, quæ extra rem ſit *l. ſi ſterilis*, 2. §. 3. *ff. de act. empt.* Id vero hanc habet ſententiam, ut non continuo id, quod haberi potuit, præſtito eo, quod debebatur, quaſi abſit, æſtimari debeat: ſed quod ideo abeſt, quia datum, factumve non eſt, quod dari aut fieri debuit. Duo igitur hic requirimus, ut haberi certo potuerit; ut potuerit ex eo ſolo, quod præſtandum erat, non aliunde: ac proinde duas utilitates hinc removemus. 1. Si quid habere ex re petitor potuit ſed ita ut etiam potuerit non habere. 2. Si quid habere potuit certo quidem, ſed non minus aliunde, quam ex eo, quod debetur. Exemplis res plana fiet. Retia piſcatorum, quæ capiendorum piſcium gratia in flumine poſuerant, culpa alicujus fracta ſunt, placet duntaxat retium æſtimationem fieri, non piſcium: quia incertum fuit, an caperentur, *l. quemadmodum*, 29. §. item *Labeo*, 3. *ff. de l. Aquil.* atque hoc ad res omnes ejuſdem generis transferre licet, puta ad venationem, & aucupium. Plane ſi in contractu actum ſit, ut incertus v. c. captus piſcium æſtimaretur, is æſtimandus eſt propter conventionem, *l. ſi jactum*, 12. *ff. de act. empt.* nempe jactu retis vendito non tam ipſe jactus venditus, quam quod eo jactu caperetur, venditum intelligitur: æſtimatio autem redigetur ad id, quod conſuetum eſt capi, per *l. 1. ff. de uſur.* Molin. *tract. de eo quod int. n.* 81. *& ſeqq.* Vinum aut frumentum venditum eſt, nec traditum; non eſt æſtimandum, quod his rebus traditis emptor forte negotiari potuit & lucrum facere: quoniam hæc utilitas non ex re, ſed propter negotiationem percipitur, nempe ex opera atque induſtria mercatoris, qui occaſione oblata uti voluit, *l. ſi ſterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt. leg. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* junct. *l. venditor*, 21. *verſ. pretium enim*, *ff. de hær. vel act. vend.* Neque tamen idem putamus eſſe ex corpore rei naſci & citra rem conſiſtere omnem utilitatem intelligimus, quam res ipſa ſecum fert, ſibique adjunctam habet, licet extrinſecus veniat, meritoque Molinæus *d. tract. n.* 13. Doctorum diſtinctionem in intereſſe intrinſecum & extrinſecum improbat: quia quæcunque utilitas proprie circa rem conſiſtere dicitur, ea extrinſecus venit. Ex re non naſcuntur mercedes ex operis ſervi, penſiones ex rebus locatis, pretium ex re vendita, quorum tamen utilitatem maxime circa rem conſiſtere convenit. Servus, qui hæres inſtitutus venditus & traditus erat, evictus eſt, placet etiam ob hereditatem amiſſam ex empto agi poſſe, *l.* 8. *ff. de evict.* quia hæreditatis utilitas circa rem conſiſtere intelligitur, non quod ex re naſcatur, ſed quod ejus parandæ cauſa in ea re, quæ debebatur, fuit. Atque in univerſum non quid paretur & unde veniat, ſed unde ejus quærendi cauſa hic ſpectandum eſt. Exempla de damno circa rem in *l. proinde*, 22. *& leg. ſeq.* §. 3. *ff. ad leg. Aquil. l. in hac ſtipulatione*, 28. *ff. de damn. infect.* Circa rem autem non conſiſtit, quod vel certo habere petitor non potuit, vel non minus aliunde habere, quam ex eo, quod debebatur; veluti ſi vino aut frumento vendito & tradito emptor potuerit negotiari & lucrum facere: & ideo hoc non æſtimatur, *leg. ſterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt. l. ult. ff. de per. & comm. rei vend.* Ejuſdem generis ſunt utilitates, ne pœna committatur, aut pignora diſtrahantur, ne familia fame laboret; quia aliunde percipi poſſunt.

Sed occurritur nobis ex Ulpiano, qui contra quam Paulus in *d. leg. ſi ſterilis*, 21. §. 3. *ff. de act. empt.* etiam ejus utilitatis, quæ rei propria non eſt, nec circa rem conſiſtit, rationem habendam eſſe tradit, non in damno ſolum, ſed etiam in lucro prolatis iiſdem exemplis, quibus & Paulus utitur. Locus Ulpiani eſt in *leg.* 2. §. *ult. ff. de eo quod cert. loc.* qui locus uſque adeo turbavit Alciatum, ut contra omnes fere (quanquam temere & perperam) ſtatuerit, habendam eſſe rationem omnis utilitatis quam actor conſequi potuit, etiamſi ea circa rem non conſiſtat, præterquam in venditione; idque ſine diſtinctione rerum

aut

Digitized by Google

aut adjectionis loci, aliuſve circumſtantiæ. Quomodo ergo hæc conciliamus? Nimirum ſi dicamus nunquam eam utilitatem, quæ ex re non eſt, ſeu quæ eodem modo aliunde percipi poteſt, æſtimandam eſſe, niſi appareat in contrahendo ejus quoque habitum eſſe rationem: quod ſi contingat, conventionem ſervandam eſſe. De ſolo autem tali caſu loquitur Ulpianus in *d. l. 2. §. ult. ff. quod cert. loc.* Agit enim de pecunia, quæ certo loco promiſſa alio in loco petitur actione arbitraria, in qua ait hæc in utilitate actoris æſtimari, quod actor forte eo loco, quo pecunia dari promiſſa eſt, pecuniam debuit ſub pœna vel pignoribus, & ob id quod pecuniam eo loco non acceperit, pœna commiſſa ſit, aut pignora diſtracta. At quamobrem? Nempe quia adjectione loci id actum eſſe intelligitur: nam cum locus non fruſtra adjiciatur, apparet creditorem ad eas utilitates, quas eo loco percipere potuit, ſolutionem retuliſſe. Cont. *in ſchol. ad d. leg. un. cap. 4. in fin.* Perez. *ad C. d. tit. num.* 18. Neque id in pecunia numerata ſolum locum habet, ſed etiam, & vel magis in alia quavis re fungibili, ut bene Molin. *num.* 97. *& ſeq.* Donell. *cap.* 11. contra Bartolum & pleroſque alios interpretes. Nec vero ſola loci adjectio hoc efficit, verum etiam ſolutionis in certam perſonam aut tempus collatio, ſi creditori expediat perſonæ adjectæ eove tempore ſolvi, propter ejuſdem generis utilitates, ut diſerte Papinianus in *l. liber. homo* 118. *§. ult. ff. de verb. oblig.* & Ulpianus *leg. ſi fundus*, 114. *ff. eod. leg. pr. ff. quod cert. loc.* Enim vero non omnis utilitas, quæ ubique capi potuit, hic æſtimabitur, ſed ea tantum, ad quam adjectione harum circumſtantiarum credibile eſt reſpexiſſe actorem, ut liquido apparet ex verbis Ulpiani in *d. leg. 2. §. ult. quid ſi merces ſolebat comparare*. Igitur adjectione loci id tantum agi intelligetur, ut eam utilitatem conſequatur actor, quam eodem in loco conſequi potuiſſet, ſi pecunia ibi ſoluta fuiſſet. Quod ſi eo loco mihi interfuit, quamvis ſi alibi ſoluta eſſet pecunia, actor conſecutus eſſet, ne ibi in pœnam incideret aut pignora diſtraherentur, nullam hujus rei rationem duci oportebit. Stipulatus ſum mihi aut Titio dari, non omne æſtimabitur, quod interfuit mea, ſed quod interfuit Titio ſolvi: puta ne ſi Titio ſolutum non eſſet, pœna, quam promiſeram, committeretur, *d. leg. liber. homo*, 18. *§. ult. de verb. oblig.* At ſicubi alias expedierit mihi pecuniam ſolvi, id in æſtimationem non venit; quia hoc actum non eſt. Temporis adjecti eadem ratio, ſi temporis utilitas intervenerit, *d. leg. ſi fundus*, 114. *de verb. oblig. d. l. 4. pr. quod cert. loc.* Hoc igitur genere utilitatis in his cauſis recepto, conſequens fuit ut non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio haberetur. Finge ſtipulatorem pecunia ſuo loco accepta merces comparare potuiſſe, tritico accepto negotiari & lucrum facere: hoc quoque æſtimabitur, *d. l. 2. in fin. ff. quod cert. loc.* parem enim eſſe damni facti & lucri amiſſi rationem ſupra effectum eſt. Illud intereſt, quod in damno perſona diſtinguitur: nam ſtulte quæreretur, damno facto, an id fieri potuerit: & omnino ubi quid amiſſum eſt, quæri nequit, an amitti potuerit. In lucro autem perſonæ condictio & conſuetudo ſpectanda eſt, ut videri poſſit ad eam ſpem & cogitationem voluiſſe loci adjectionem referre. Finge mercatorem eſſe, qui merces eo loco comparare & negotiari ſolitus ſit, *d. l. 2. §. ult. in fin.* Recte nempe hic ſi lucrum factum non eſt, quæreretur, an acquiri poterit, idque conjecturis exquirendum eſt. Pluribus hæc exquerituṙ Donellus in *d. leg. 2. §. ult. & d. cap. 11. circa fin.* add. Mant. *lib.* 10. *de tac. & ambig. conv. tit. 7. n. 7. & ibi alleg.*

CAPUT XXXIX.

An interdictum ſeu judicium poſſeſſorium recte cumuletur cum petitorio ſive rei vindicatione?

CONCURRERE plures actiones dupliciter dici poſſunt, elective, ſive disjunctim, ut una tantum ex pluribus, quæ competunt, experiri liceat, qua in judicium deducta, ceteræ conſumantur, *§. cæterum*, 5. *Inſt. quod cum eo qui in al. pot. l. pro ſocio*, 38. *§. 1. ff. pro ſoc. l. eligere*, 9. *§. 1. ff. de trib. act. l. in duobus*, 28. *§. 4. ff. de jurejur. leg. qui ſervum*, 34. *§. 1. ff. de obl. & act.* & comulative ſive conjunctim, ut omnibus experiri liceat; nec una alteram conſumat: qui verus eſt concurſus. Atque earum, quæ ita concurrunt, aliquando hæc cumulandi ratio eſt, ut utraque ſimul & eodem tempore uti liceat, quod fit quando diverſarum rerum nomine competunt: ubi tamen & diverſæ ſententiæ referendæ, *leg.* 11. *ff. de juriſd. l. & hæc diſtinctio*, 31. *§. 1. ff. locat. l. 9. §. 1. ff. de trib. act.* atque eo plerique referunt *l.* 32. *ff. de obl. & act. l. 2. §. 1. & 2. ff. de priv. delict. l. nunquam*, 130. *ff. de reg. jur.* Interdum hæc, ut non ſimul omnes, ſed ſingulæ ſeorſum & in diverſis judiciis exerceri debeant, quod fit quando plures conjunctim competunt ejuſdem rei nomine, *l.* 43. *§. 1. ff. de reg. jur. d. l. 9. §. 1. ff. de trib. act. leg. cum filius*, 76. *§. variis*, 8. *ff. de legat. 2. l. plura delicta*, 53. *ff. de oblig. & act.* quam tamen diſtinctionem nunc ad amuſſim non examino. Sed & aliquando una e concurrentibus pendente altera interim inhibetur: idque vel propter præjudicium, quod alioquin alteri fieret, quomodo concurrunt conditio furtiva & actio furti, *leg. 7. §. 1. de cond. furt.* at pendente actione

furti

furti illi denegatur, ne huic præjudicium fiat. Eodemque modo concurrunt vindicatio fundi & ſervitutis, ſed illa pendente hæc interim denegatur, ne præjudicium prædio fiat, *leg. fundum*, 16. *ff. de except.* Vel propter ordinationem judicii ipſamque procedendi rationem, quomodo dici poteſt concurrere interdictum ſive judicium poſſeſſorium cum rei vindicatione ſeu judicio petitorio, quamvis illo pendente hoc inhibeatur, propterea quod ad conſtitutionem judicii petitorii prius poſſeſſorium terminatum eſſe oportet, §. *retinendæ*, 4. *Inſtitut. de interdict.* Quæſtio autem propoſita in eo vertitur, an judicium poſſeſſorium cum petitorio ſic cumulari & jungi poſſit, ut utroque ſimul & eodem tempore experiri liceat, hoc eſt, ut utrumque eodem libello proponatur, utrumque ſimul dictetur, de utroque ſimul cognoſcatur, unaque ſententia utrumque terminetur? Movetur hæc quæſtio in interdictis adipiſcendæ & recuperandæ poſſeſſionis: a multis tamen & in interdictis retinendæ: vide *cap. paſtoralis*, & *ibi late Gloſſ. ext. de cauſ. poſſeſſ. & propr.* Nos in hac quæſtione probamus ſententiam Joannis & Azonis negantium hæc judicia eo, quod dicimus, modo cumulari poſſe, ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate diſtinctis judiciis eſſe cognoſcendum, contra doctrinam Petri, qui omne poſſeſſorium cum petitorio cumulari poſſe contendit, & Martini, qui excepit tantum interdicta retinendæ poſſeſſionis. Etenim ut poſſeſſio nihil commune habet cum proprietate, *l. naturaliter*, 12. *§. 1. ff. de acq. poſſ.* & ut ſunt plane hæ res diſſimiles, *leg.* 14. *§. ult. ff. de except. rei jud.* cum poſſeſſio ſit facti, dominium juris, *l. 1. §. 3. l. cum hæredes*, 23. *ff. eod. l. denique*, 19. *ff. ex quib. cauſ. major.* ita etiam duas actiones non modo diſtinctas, ſed etiam inſociabiles pariunt, dominium rei vindicationem, *l. in rem*, 23. *ff. de rei vind. §. 1. Inſtit. de action.* poſſeſſio actionem in perſonam ſeu interdictum, *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* ac proinde etiam duobus diſtinctis judiciis hæc tractanda ſunt: cum actiones contrariæ & incomparabiles cumulari nunquam poſſint, *l. 1. C. de furt. cum ibi not. l. 16. C. de inoff. teſt.* Anton. Fab. *C. ſuo for. t. unde vi, defin.* 8. Placet autem poſſeſſionis litem prius decidi oportere, ac tum demum de cauſa proprietatis ab eodem judice cognoſci, *l. ordinarii*, 13. *C. de rei vind. l. 3. C. de interdict. l. exitus*, 35. *ff. de acq. poſſ. l. ult. C. quorum bonor.* Ex quo intelligimus, niſi prius judex de poſſeſſione judicaverit, jure ab ejus ſententia appellari poſſe, quod & diſerte traditum eſt in *l. 1. C. de appellat.* Quod ſi utramque controverſiam & poſſeſſionis & ſimul proprietatis eodem judicio cognoſci, & terminari volumus res erit inexplicabilis & exitum reperire judicium non poterit, *d. l. exitus*, 35. *ff. de acq. poſſ. l. inter litigantes*, 62. *ff. de jud. l. liberis*, 7. *§. ult. ff. de lib. cauſ.* quippe cum ut petitoria actio inſtituatur, prius conſtare debeat, quis ſit poſſeſſor; quia & civilis, & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius a poſſidente, qui hic reus eſt, petat, *§. retinendæ*, 4. *Inſt. de interdict. d. l. inter*, 62. *ff. de judic.* At ſi judex de utroque ſimul cognoſcat, ſententiam ferre non poterit, quæ judicii exitus eſt. Nam in petitorio jubetur poſſeſſorem abſolvere, ſi petitor non probaverit ſe dominum eſſe, *l. ult. C. de rei vind.* Sed quomodo poſſeſſorem, quem ignorat, abſolvet? Ignorat autem quamdiu pendet cauſa poſſeſſionis. Quod ſi prius de poſſeſſione judicari oportet, perſpicuum eſt ſimul poſſeſſorio & petitorio judicio agi non poſſe. Atque hoc etiam Martinus admiſit, cum de poſſeſſione agitur interdicto retinendæ poſſeſſionis. Non idem autem ac ille plerique alii probant, ſi de poſſeſſione agatur interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis, veluti ſi quis de fundi poſſeſſione dejectus experiatur interdicto unde vi, & idem ſe fundi dominum dicat: aut heres interdicto quorum bonorum de adipiſcenda poſſeſſione rerum hereditariarum, quarum & idem ſe dominum eſſe dicat. Hic ſtatuunt utrumque judicium poſſe concurrere, ut quis & interdicto experiatur ad recuperandam aut adipiſcendam poſſeſſionem, & ſimul judicio petitorio de proprietate, eo quod non minus interdicta hæc, quam actio petitoria adverſus poſſeſſorem dentur, ut nulla hic videatur repugnantia. Sed nec hoc concedendum eſt, generalis enim hæc ſententia eſt tradita in *d. l. ordinarii*, 13. *C. de vind.* poſſeſſionis quæſtionem prius decidi oportere: at in interdictis recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis etiam de poſſeſſione quæritur: ac proinde etiam controverſiam ex his natam prius decidi oportet. De ſpecie interdicti unde vi id expreſſe quoque cautum eſt, *leg. 1. Cod. de appellat. leg. ſi de vi*, 37. *ff. de judic.* Et ratio juris eadem hic eſt, quæ in caſu ſuperiore: nam nec, cum interdicto recuperandæ aut adipiſcendæ poſſeſſionis agitur, conſtat, uter e legatoribus pro poſſeſſore haberi & commodo poſſeſſionis frui debeat, priuſquam de poſſeſſione ex interdicto judicatum ſit: hoc autem non conſtituto non poteſt petitoria actio inſtitui, *leg. inter*, 62. *ff. de judic. §. retinendæ*, *Inſtitut.* 4. *de interdict.* Nec ad rem pertinet, quod qui poſſeſſionem ſibi reſtitui petit, vel nunc primum conatur adipiſci, adverſarium poſſeſſorem agnoſcit: nam ſi rem ipſam & effectum juris ſpectamus, nemo videtur poſſidere, qui poſſeſſionem retinere non poteſt, *leg. non videtur*, 21. *ff. de acq. poſſ.* Contra vero, qui ad recuperandam aut nanciſcendam poſſeſſionem actionem habet, perinde habetur quaſi poſſideret, *leg. ſi quis vi*, 17. *pr. ff. eod. l. is qui*, 15. *ff. de reg. jur. l. id apud*, 143. *ff. de verb. ſign.* Proinde ſive is revera poſſidet, bene eſt, ſive non poſſidet, tamen poſſeſſio

una cum poſſeſſionis commodo ei tribuenda eſt ſententia judicis: quod ſi judex ante omnia non fecerit, juſte ab eo provocabitur, *l.* 1. *C. de appellat.* Sed etſi juris auctoritate deſtitueremur, non aliter tamen reſpondere poſſemus propter horum judiciorum contrariam conditionem & finem. Judicii poſſeſſorii finis hic eſt, ut qui eo experitur, poſſeſſor judicatus commodo poſſeſſionis fruatur: petitori hæc conditio, ut qui eo agit, petitoris onus in ſe ſuſcipiat, quæ cum ſint pugnantia, niſi prius de poſſeſſione judicatum ſit, res exitum habere non poteſt, *d. l. inter litigantes*, 62. *ff. de judic.* §. *retinendæ*, 4. *Inſt. de interdict.* Fingamus actorem in poſſeſſorio ſuperiorem eſſe, inutilis tamen hæc ei victoria eſt, cum nihilominus petitorio experiens, & in eo perſeverans partes petitoris ſuſtinere debeat, quaſi commodo poſſeſſionis repudiato. Si vincitur, aperte id ei inutile eſt. Quod ſi prius in petitorio pronuntietur, pro actore, multo minus ulla poſſeſſorii utilitas eſſe poteſt, cum ex ſententia ſuper petitorio lata pleniſſima reſtitutio fieri debeat. Illi autem remedia demum vere cumulari dicuntur, ex quorum utroque aliquid conſequi poſſumus. Adde quod ſic injuria ſit poſſidenti, cui ob eam cauſam & appellare licitum, *l.* 1. *C. de appellat.* Quod ſi eodem tempore & de poſſeſſione & ſimul de proprietate judicabitur, hinc pro actore, ut is poſſeſſor pronuncietur, illinc pro reo, ut is declaretur dominus, exibit forma ſententiæ, quæ proponitur in *c. cum dilectus*, *ext. de cauſ. poſſ. & propriet.* merito irriſa a Donello in *l.* 3. *num.* 8. *Cod. de interdict.* Nam profecto ridiculum eſt, ut judex jubeat reum poſſeſſionem reſtituere actori, qui poſſeſſor eſt, & ſimul eodem momento eademque ſententia jubeat eum ipſum actorem reſtituere poſſeſſionem reo, qui dominus eſt & ſuperior in jure proprietatis. Qui hoc ridiculum eſſe negant, næ illi ipſi ſunt valde ridiculi. Illud autem abſurdum non eſt, ut lite poſſeſſionis prius deciſa, atque uni poſſeſſione, litis de proprietate ordinandæ gratia, tantiſper adjudicata, poſtea de proprietate idem judex cognoſcens petitori; qui ſe dominum eſſe in hac lite probarit, poſſeſſionem reſtitui jubeat. Atque hinc jam intelligimus hanc procedendi rationem non modo eſſe convenientiſſimam, ſed etiam eſſe neceſſariam; quippe qua non obſervata locus ſit provocationi.

Non obſtat huic ſententiæ *lex cum fundum*, 18. §. *ult. ff. de vi & de vi armat.* Non enim negamus, quod illic dicitur, eum, qui rem vindicare cœpit, poſſe pendente judicio petitorio, hoc eſt, interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, dilato, interdicto experiri: ſed negamus utrumque poſſe ſimul jungi, de utroque ſimul & eodem tempore judicem poſſe cognoſcere & judicare. Atqui, inquies, is qui ſemel actionem propoſuit, cogitur perſeverare ad finem uſque litis, *auth. qui ſemel*, *Cod. quom. & quand. jud. ſent.* Reſpondeo, qui interdicto de poſſeſſione experitur, pendente rei vindicatione, & interim perſecutionem petitorii omittit, is non recuſat litem exercere de proprietate, ſed recuſat in ea lite partes ſuſtinere petitoris, ac ſe commodo poſſeſſoris frui vult, id quod jure poſtulat, cum ſit poſſeſſor, ne vindicando (forte per imprudentiam) renuntiaſſe poſſeſſioni videatur, *l. naturaliter*, 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* Mirum autem in modum huic ſententiæ obſtare creditur textus in *leg.* 6. *ff. de except. rei jud.* eoque contrariæ ſententiæ auctores præcipue nituntur, quaſi illic juriſconſultus aperte diceret judicium petitorium & poſſeſſorium diverſis quidem & ſeparatis actionibus proponi, ſed tamen unam ſententiam & unum judicat finem ſufficere, ut ad utrumque proſit una & eadem exceptio rei judicatæ. Mihi autem mira hæc videtur loci iſtius interpretatio, cujus ſimplex & plana, ſi qua ullius, ſententia eſt, nempe ſufficere ad exceptionem rei judicatæ rem quamque ſemel ſententia judicis terminatam eſſe; nec debere eam ſententiam apud eundem judicem retractari. Et obſtat magis hic locus contrariæ ſententiæ quod & Ant. Matthæus in *diſput. ad leg. ordinarii*, 13. *C. de rei vind.* obſervavit. Nihil etiam adverſus ſententiam noſtram facit locus Juſtiniani in *Nov.* 4. *c.* 2. *verſ. contra principales*, ubi licentia datur creditoribus adverſus principales debitores pignus pro debito obligatum poſſidentes utraque actione ſimul experiendi, & perſonali & hypothecaria, nam in cumulatione illa actionis perſonalis & hypothecariæ, de qua illic Juſtinianus, nihil eſt præpoſteri, ut contra eſſe oſtendimus in cumulatione interdicti cum rei vindicatione; ut ecce, ſi creditor eodem libello petat, ut aut centum, quæ ſibi ex contractu aliquo debentur, ſolvantur, aut pignus pro ea ſumma obligatum, cujus poſſeſſio penes debitorem ſit, ſibi reſtituatur, in hac cumulatione nihil eſt, quod ordinationem judicii ejuſve exitum impediat: ſed probato debito, & pignoris pro eo conſtitutione, judex debitorem aut ſolvere jubebit, aut pignus reſtituere. Utique enim, quod notandum, disjunctim petitio hic concipienda & libello complectenda eſt, ut aut ſolvat debitor, aut pignus reſtituat; non conjunctim, ut & ſolvat & pignus reſtituat; cum ſolutione ejus, quod debetur, non tantum debitor ipſe, ſed etiam pignus liberetur *leg. in omnibus*, 43. *ff. de ſolut.* cum ſimilib. Alia urget Cujacius *lib.* 25. *obſ.* 34. ubi ſic argumentatur, Si cœpto & pendente judicio in rem licet agere interdicto uti poſſidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere? Sed inquam non ſequitur, mutari actio poteſt, aut interim dum de alia re diſputatur, omitti, ergo cum altera ſimul jungi & dictari poteſt: quoniam mutatio nihil habet incommodi,

modi,

modi, *leg.* 3. *C. de edend.* conjunctio & cumulatio, plurimum, ut ſupra probatum eſt. Inficiatio, inquit Cujacius, & exceptio conjungi poſſunt hoc modo, *Nihil debeo, & ut debeam, pacto mihi debitum remiſiſti*: ergo ita poteſt utraque actio conjungi poſſeſſoria & petitoria, *Tu non poſſides, ſed ego; & ut tu poſſideas, rem meam eſſe ajo*. Sed mala & hæc Cujacii collectio eſt. Nam ſi reus, dum forte de intentione actoris dubitat, utatur & inficiatione & ſimul depulſione, nihil præpoſtere facit, aut quod judicii conſtitutionem exitumve moretur: ſed probationis tum hic ordo eſt, ut prius de ſua intentione doceat actor, deinde ad probationem exceptionis tantiſper dilatam admittatur reus, *l.* 8. *l.* 9. *C. de except.* Sed nec quod reo, cui non ſemper ſui defendendi facultas *l.* 5. §. *ult. ff. de dol. mal. except.* permittitur, ut ſcilicet pluribus defenſionibus aut exceptionibus ſimul & eodem tempore uti poſſit, *l.* 5. *l.* 8. *de except. l. nemo*, 43. *de reg. jur.* id continuo & actori concedendum, nempe ut is quoque ex contrario pluribus actionibus ſimul experiatur, ut jam evicimus. Deſtinanti rem petere ſuadet Cajus, ut videat dum interdicto aliquo poſſeſſionem nanciſci queat, quo eam nactus in adverſarium transferat onus petitoris, *l. is qui*, 24. *ff. de rei vind.* Sed & qui jam cœpit rem vindicare, poteſt nihilominus experiri interdicto uti poſſidetis, *leg. naturaliter*, 12. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* At ex hoc loco non recte infertur cumulatio ſeu conjunctio utriuſque judicii. Nam his JCti verbis, *non denegatur interdictum uti poſſidetis, qui cœpit rem vindicare*; non hoc ſignificatur, poſſe utrumque judicium cumulari, unaque terminari ſententia, ut male putat Fachin. 8. *controv.* 6. ſed poſſe eum, qui vindicare cœpit omiſſo tantiſper petitorio, & interim dum de poſſeſſione, ſuſpenſo & dilato, interdicto experiri, *l. cum fundum*, 18. §. *ult. ff. de vi & de vi arm.* ibi *pendente judicio*. Cæterum ex converſo pendente judicio poſſeſſorio, petitoria actio inſtitui non poteſt, quia prius poſſeſſionis cauſam decidi oportet, quam ad cauſam proprietatis veniatur. Plane ſi quis dum animadvertit in petitorio ſe melius fundatum eſſe, poſſeſſorio renuntiare & ad cauſam proprietatis tranſire velit, non eſt dubitandum, quin id concedendum ſit: nec ſententia lata in poſſeſſorio præjudicium ullum petitorio facit, *leg.* 14. §. *ult. ff. de except. rei jud.* Jus autem Pontificium hac in re diſcrepat a jure civili, quod Innocentius Tertius male intellexit, deceptus *leg. cum fundum*, 18. §. 1. *ff. de vi & de vi arm.* ut apparet ex *c. paſtoralis*, 5. *ext. de cauſ. poſſ. & propr.* ubi eodem judicio & interdicto recuperandæ ſeu adipiſcendæ poſſeſſionis, & ſimul actione in rem experiri permittit, citato dicto juris civilis loco: aliis poſſeſſoriis judiciis, ut ipſe loquitur, in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſui natura præcedunt, qui & Martini & communis error fuit. Sic idem Pontifex in *c. Raynutius*, 16. *ext. de teſtam.* ſecutus eſt communem errorem de duarum quartarum detractione. Apud eundem *c. cum delectus*, 5. *de cauſ. poſſ. & propriet.* habes derididiculam ſententiam, quam ſupra exploſimus, adv. Donellum & Giſanium ad *l.* 3. *C. de interdict.* Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *quæſt.* 4. Charond. 4. *reſp.* 28.

CAPUT XL.

Exceptio diviſionis qualis ſit & quando proponenda.

PLURES fidejuſſores ejuſdem rei aut pecuniæ debitæ in ſolidum ſingulos teneri, ſive id nominatim convenerit, ſive non convenerit, explorati juris eſt, §. *ſi plures*, 4. *Inſt. de fidejuſſ. l.* 3. *C. eod.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promitt.* 99. unde *auth. hoc ita*, *C. de duob. reis*. Recte enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem, quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſſores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quoque promiſiſſe videatur, an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint: cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus, cavens ne plures ejuſdem pecuniæ promittendi rei aliter in ſolidum ſinguli obligentur, quam ſi nominatim id actum ſit. At plurium fidejuſſorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cum horum ſinguli promittant id quod reus debet, & quantum debet. Tenentur ergo ſinguli plurium fidejuſſorum in ſolidum, & in ſolidum ſinguli conveniri poſſunt. Cæterum hoc beneficium epiſtola Divi Hadriani illis tributum eſt, ut ſi quo tempore iis cum aliquo eorum conteſtatur, omnes ſolvendo ſint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *d.* §. 4. *Inſt. de fidejuſſ. l. ſi plures*, 27. *ff. l.* 3. *C. eod.* Eſtque hoc beneficium, quod vulgo *diviſionis* appellatur: competitque non fidejuſſoribus tantum, verum etiam cæteris acceſſionibus; puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita eſt, aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſtituerunt, *l. ult. C. de pecun. conſtit.* Locus autem eſt hic beneficio ſeu exceptioni dividendæ actionis, cum plures ſint fidejuſſores. Et exploſus fuit Advocatus Leydenſis Tobias ex Alto (inſignis alioqui & celebris practicus) qui huic exceptioni locum eſſe contendebat etiam ubi unus tantum fidejuſſor eſt, nempe ut actio inter reum principalem & fidejuſſorem videretur; de quo integram Ille conſultationem conſcripſit, ſed egregie confutatur textu *leg. ſi plures*, 27. §. *ult. ff. de fidejuſſ.*

Digitized by Google

Quid ſi in pluribus fidejuſſoribus accipiendis expreſſe convenerit, ut ſinguli in ſolidum teneantur? Nihilominus hoc beneficio gaudebunt, cum etſi hoc adjectum non eſt, ſinguli in ſolidum teneantur; nec conventio iſta conditionem juris & conſtitutionem mutat; poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur, *leg. 3. C. de fidejuſſ.* & ſecundum hoc Lutetiæ judicatum refert Papon. *leg. 10. leg. 4. arreſt. 22.* Cæterum non aliter pluribus fidejuſſoribus auxilium diviſionis indulgetur, quam ſi confidejuſſores ſint, id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ ita & ejuſdem debitoris ſint fidejuſſores: inter plures enim diverſorum debitorum licet ejuſdem ſummæ, fidejuſſoris actio non dividitur, *leg. ſi plures, 27. §. ult. leg. ſi a Titio,* 4. *ff. eod.* Exemplo fidejuſſorum datur hoc beneficium & pluribus tutoribus, qui ſimul tutelam geſſerunt, aut quorum nemo geſſit, & ſolvendo ſunt, *leg. 1. §. nunc tractemus, 10. & ſeqq. ff. de tut. & rat. diſtr. leg. ſi plures, 38.* & ibi DD. *ff. de admin. tut.* Paul. Mont. *tract. de jur tut. c. 39. num.* 149. Datur & plurium tutorum fidejuſſoribus, *leg. 6. leg. 7. ff. de fidejuſſ. & nominat. tut.* pluribus autem unius tutoris fidejuſſoribus non datur, *l. ult. ff. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio. Enimvero in hac diviſione notandum eſt, dividi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure ſed ope exceptionis, *l. inter fidejuſſores, 26. ff. de fidejuſſ.* Inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantum viriles ipſo jure deberent, in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin & ſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur, quod utrumque ſecus ſe habere oſtendit, *d. l. inter fidejuſſores,* & *l. ſi teſtamento, 49. §. 1. ff. eod.* Porro duæ ſunt conditiones ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus indulgetur: una eſt, ſi fidejuſſores non negent ſe fidejuſſores eſſe: inficiantibus enim auxilium diviſionis dari non placuit, *leg. ſi dubitet, 10. §. 1. ff. eod.* Altera eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur, *§. ſi plures, Inſtit. l. inter eos, 51. §. 1. ff. eod.* Quod placet in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis e fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, id cæteris qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe: deinde ſi omnes tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuerint, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus eorum, qui ſolvendo ſunt non pertinere, *d. l. inter eos, §. pen. d. §. ſi plures.*

De illo non convenit, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Petrus de Bellapert. putavit hanc exceptionem opponi debere antequam lis cum uno ex fidejuſſoribus conteſtata ſit, quem & Cynus & alii ſecuti ſunt. Moventur primum eo, quod in *§. ſi plures, Inſtit. de fidejuſſor.* dicitur compelli creditorem partem a ſingulis fidejuſſoribus, qui modo ſolvendo ſunt tempore litis conteſtatæ, petere: ſi quis autem eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerare: unde recte ſibi viſi ſunt colligere, eodem quoque tempore hanc exceptionem opponendam petendamque actionis diviſionem, 2. Per *leg. liberum, 16. Cod. de fidejuſſor.* ubi diſerte ſcriptum eſt, poſt litis conteſtationem petitionem diviſam redintegrari juris rationem non pati; ex quo iterum ut ſupra, colligunt, poſt litem conteſtatam exceptioni diviſionis locum non eſſe, 3. Ex eo, quod fidejuſſori inficianti beneficium diviſionis denegatur, *leg. ſi dubitet, 10. §. 1. ff. eod.* Litis autem conteſtatio non niſi negative a parte ejus, qui conveniatur, fieri poteſt, *leg. 2. C. de jurejur. propt. calum. leg. rem non novam, 14. §. 1. Cod. de judic.* Sed verius eſt, quod & communiter placuit, etiam poſt litem conteſtatam diviſionis exceptionem opponi poſſe, & ſufficere, ſi quandoque ante ſententiam allegetur, *leg. fidejuſſor, 10. §. 1. C. eod.* ubi Alexander Imperator Vitali ita reſcribit: *Ut is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur, ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Frivolum autem eſt, quod reſpondent exceptionem, quæ ante litem conteſtatam opponitur, utique etiam opponi ante ſententiam ſeu condemnationem: nam utique hoc falſum eſt, exceptionem, quam ante ſententiam opponi ſufficit, eam opponendam eſſe ante litis conteſtationem. Ait Imperator, *ex ordine poſtulari ſolet*; id eſt, ſervato ordine earum defenſionum, quæ fidejuſſoribus competere ſolent. Fieri enim poteſt, ut fidejuſſor in ſolidum conventus plures habeat defenſiones, aut ſaltem plures alleget; v. c. ſi dicat ſe non teneri, quia reus principalis liberatus ſit, vel ipſo jure, vel per exceptionem; aut ſi ex ſua perſona utatur exceptione vel pacti, vel jurisjurandi, &c. His autem defenſionibus cum ſe excluſum videt, recte atque ordine ad hanc exceptionem confugit, ac deſiderat, ut pro parte tantum conveniatur. Hoc vero poſtulari poteſt & ſolet ante ſententiam ſeu condemnationem, ut verba reſcripti habent. Non obſtat, *d. §. ſi plures, Inſtit. de fidejuſſ.* neque enim hoc ibi dicitur, exceptionem hanc proponendam eſſe ante litem conteſtatam: ſed hoc ſolummodo, ſi tempore litis cum uno conteſtatæ quidam non ſint ſolvendo, hoc ad onus cæterorum pertinere. Quamvis autem hæc exceptio poſt litem conteſtatam allegetur, non eo tamen minus actio inter eos dividi poteſt, qui tempore litis conteſtatæ ſolvendo.

vendo.

vendo fuerunt, & dividenda eſt, ſi is qui hac exceptione utitur, probet alios quoque eo tempore ſolvendo fuiſſe, *l. inter eos*, 51. §. 1. *eodem*, Mantic. *de tac. & ambig. conv. lib.* 16. *tit.* 19. *num.* 2. In *d. l. liberum*, 16. *Cod. eod.* proponitur caſus, quo creditor cum omnibus fidejuſſoribus ſimul egit, cum ſingulis autem pro parte; atque ita actionem ſuam inter fidejuſſores pro parte cum ſingulis agendo, ipſe ultro diviſit. Eum autem, qui hoc fecit reſpondet Gordianus non poſſe poſt litis conteſtationem actionem diviſam inſtaurare, hoc eſt, ab eo, qui pro parte conventus erat, ſolidum non poſſe petere ex perſona eorum qui ſolvendo non ſunt, aut ab initio ſolvendo non fuerunt: quia creditor actionem inter fidejuſſores ſponte ſua dividendo ſolidi petitioni renunciare intelligitur: ac proinde beneficium epiſtolæ ad hunc non pertinet. Non movet, quod nemo litem conteſtando deteriorem conditionem ſuam facit, *leg. non ſolet*, 86. *& ſeq. ff. de reg. jur.* Neque enim litis conteſtatio hoc, quod dicimus, efficit, ſed actionis diviſio: quamvis illa non niſi lite cum ſingulis pro parte conteſtata dividatur. Nimis autem leve eſt, quod ex *l.* 10. §. 1. *ff. de fidejuſſ.* objicitur, fidejuſſori inficianti auxilium epiſtolæ non indulgeri: quippe cum non ſimplex inficiatio fidejuſſores ab hoc beneficio removeat, puta ſi negent ſe teneri; ſed ſi negent ſe fidejuſſores eſſe, ſi inficientur ſe fidejuſſiſſe. Non utor ad confirmationem & noſtræ communis ſententiæ argumento vulgari, quod exceptio diviſionis ſit exceptio peremptoria: quod quidem etſi verum eſt, licet Gloſſa hæſitet, & magis putet eſſe anomalam; utique enim perimit intentionem creditoris pro parte, nec ad onus aliorum pertinet, quod actione diviſa quidam poſt litem conteſtatam ſolvendo eſſe deſierunt, *leg. inter eos*, 51. §. *pen. eod.* dubito tamen an verum ſit, quod vulgo traditur exceptiones peremptorias etiam non conteſtatas in ſtrictis judiciis uſque ad ſententiam recte opponi, propter *leg. 9. Cod. de præſcript. long. temp. l.* 8. *l.* 9. *Cod. de except.* junct. *leg. ut fundus*, *ff. comm. divid.* quanquam id hodie ſublato fere judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris diſcrimine admitti poteſt. Sed ut etiam exceptiones peremptoriæ initio litis conteſtandæ ſint, ut ita demum poſtea ad probationem & diſceptationem recte opponatur, quod ſatis aperte loca citata oſtendunt: vid. Donell. *ad leg.* 8. *C. de except.* ſciendum tamen eſt, quæ de exceptionibus in exordio litis conteſtandis illic dicuntur, ea pertinere duntaxat ad exceptiones facti, quibus aliquid factum intendimus, quod proinde etiam probare debemus, ut intelligitur ex *leg. in exceptionibus*, 19. *ff. de probat.* quæ cum facti quæſtionem habent, non poſſunt intelligi id judicium deduci niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum juris, hoc eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur; qualis eſt exceptio diviſionis fidejuſſoribus epiſtola D. Hadriani tributa; quod genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed quandoque ante condemnationem allegari ſufficit. Nam auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deducitur, cum fidejuſſori jure tribuatur hoc ipſo, quod fidejuſſor eſt. Jam autem quæ juris ſunt, ea ad officium judicis pertinent, etiamſi nominatim a partibus petita non ſint, *leg. un. Cod. ut quæ deſp. adv. part. jud. ſupp.* & multò magis igitur, ſi petita erunt, ut hoc beneficium poſtulari debere dicimus. Quidam putaverunt exceptionem diviſionis etiam poſt ſententiam opponi poſſe in executione judicati, & hic etiam hæſitat Accurſius. Sed bene DD. comm. *in d. leg.* 10. *Cod. de fidejuſ.* Gomez. 2. *var. reſol. cap.* 13. *num.* 15. Zanger. *tract. de excep. part.* 3. *cap.* 19. *num.* 4. id negant. Cur enim diceret Imperator ante condemnationem poſtulari ſolere, ut actio dividatur, ſi idem poſtulare liceat etiam poſt ſententiam, cum jam is, cum quo actum eſt, in ſolidum eſt condemnatus. Sane ratio juris non patitur, ut actio judicati creditori ſemel in ſolidum quæſita adverſus eum, qui ſe paſſus eſt in ſolidum condemnari, poſtea parte duntaxat oblata ei invito adimatur, per *leg. ult. ff. de pact. leg. habere*, 57. *in fin. ff. de evict.* quamquam hoc non obſtante recte defenditur, poſſe hanc exceptionem opponi in ſecunda inſtantia licet poſt priorem ſententiam: quia appellatio ſuſpendit, immo extinguit judicatum, & reponit rem in eum ſtatum, in quo erat ante ſententiam, *l. 1. § ult. ff. ad ſenat. Turpill.* Sichard. *in d. l.* 10. *n.* 13. *C. de fidejuſſ.* Zanger. & Gomez. *ubi ſupra*. Nihil adverſus hæc facit, quod exceptio cedendarum actionum etiam poſtquam unus e fidejuſſoribus condemnatus eſt, opponi poteſt, *leg. ſi fidejuſſiones*, 41. *ff. de fidejuſſor.* nam illa oppugnat ſententiam, neque minuit jus victoris. Multum quippe intereſt, utrum fidejuſſor condemnatus poſtulet adhuc actionem dividi cum reliquis fidejuſſoribus, an actionem adverſus eos ſibi cedi. Nam qui diviſionem poſtulat, is contra ſententiam poſtulat, ne ſolidum ſolvat: qui ceſſionem deſiderat, is declarat ſe paratum eſſe ſolidum ſecundum ſententiam ſolvere, dum ſibi adverſus ceteros fidejuſſores conſulatur. Similiter quod in exceptionibus peremptoriis SCtorum Vellejani & Macedoniani, quæ publicæ utilitatis cauſſa maxime introductæ ſunt, placuit ut hæ etiam poſt ſententiam opponi poſſint, *l. tamen*, 11. *ff. de Senat. Maced.* id nequaquam cum Jacobo de Butrio ad exceptionem diviſionis trahi debet. Sichard. *in d. l.* 10. *C. de fidejuſſ. num.* 10. Nihil denique contrarii habet reſponſum Papiniani in *leg. inter eos*, 51. §. *ult. ff. eod.* Loquitur enim de fidejuſſore damna-

to non nomine fidejuſſionis, ſed damnato capitis ita ut propter damnationem bona ejus fiſco vindicarentur: quo caſu poteſt quidem adhuc creditor adverſus alios fidejuſſores jus ſuum exequi: ſed hic fidejuſſores recte poſtulabunt, ut inter eos, qui ſolvendo ſunt, actio dividatur in quo numero etiam fiſcum qui damnato ſucceſſit, & hæredis loco eſt habendum ſcribit Papinianus.

CAPUT XLI.

An fidejuſſor ad certum tempus acceptus eo tempore elapſo obligatus maneat. & quomodo?

ELEGANS quæſtio eſt, an fidejuſſor, qui ad tempus pro aliquo ſpopondit, exacto eo tempore adhuc teneatur, & quomodo. Putamus autem in hac quæſtione recte ſentire eos, qui negant poſt tempus definitum fidejuſſorem ſine novo ejus conſenſu vel repetito cum debitore contractu, vel omnino in futurum obſtringi: in præteritum vero, ſeu reſpectu obligationis, pro qua intervenit, efficaciter obligatum manere. Exempli gratia, Matth. Colerus, ut ipſe de ſe teſtatur *de proceſſ. exec. p. 1. cap. 10. num.* 310. pro officiali quodam & rationibus ejus in annum fidejuſſerat. Expleto eo ſpatio, officium prorogatum ſive ut nunc loquuntur, officiali continuatum eſt inconſulto Colero fidejuſſore. Hic dicimus Colerum ex fidejuſſione ſua teneri quidem etiam poſt annum, quo officium reo prorogatum eſt, ſed tantum de periculo temporis præteriti, ſeu prioris anni, quo ſolo fidejuſſor fuit, non autem temporis futuri ſeu annorum inſequentium. Igitur hoc primum dico, fidejuſſorem, qui ad certum tempus ſe obligavit, finito eo tempore, in poſterum non teneri, nec ex novo ſeu iterato cum debitore contractu obligari. Si ratio hujus aſſertionis quæritur, certum eſt eum, qui ad tempus fidem ſuam interponit, nolle poſt id tempus obſtringi: at extra verba & conventionem fidejuſſio non eſt extendenda, cum ſit contractus ſtricti juris, *l. quicquid*, 99. *ff. de verb. oblig.* Hering. *de fidejuſſ. c.* 2. *n.* 50. *& c.* 24. *n.* 33. Et in univerſum obligatio limitata ad certum tempus non poteſt invito obligato in longius tempus prorogari, ut bene Ferrar. *in form. libell. coat. plur. reos debend. verſ. ſolutum facere recuſaverunt*, *n.* 2. Hinc reſcriptum eſt, fidejuſſorem, qui in certum tempus judicio ſiſti aliquem promiſit, in tantum tempus duntaxat teneri, in quantum ſe obligavit, *l. ſi fidejuſſor*, 27. *verſ. niſi in certum tempus*, *C. de fidejuſſ.* Et reſponſum, ſi in primo compromiſſo per fidejuſſores cautum fuerit, & iidem in ſequenti fidejubere noluerint, alios in eo adhibendos, *l. Labeo*, 25. *§. ult. ff. de recep. arbitr.* Si auctoritas quæritur, notabilis & apertus in hanc rem textus eſt in *leg. ſi cum Hermes*, 7. *C. de locat.* ubi cum quidam pro alio conductionis temporalis nomine fidem ſuam obligaſſet, & conductor finito tempore conductionis ſine conſenſu fidejuſſoris in conductione detineretur, diſerte reſpondet Alexander, fidejuſſorem non oportere de poſterioris temporis periculo adſtringi: nempe quoniam alia & nova hic conductio finita priore intervenit, *l. qui ad certum*, 14. *ff. locat.* & conſequenter nova obligatio, cujus periculum ad fidejuſſorem prioris obligationis ſine novo ipſius quoque conſenſu pertinere non poteſt. Atqui, ajunt nonnulli, pignora prioris obligationis in reconductione obligata manent, *l. legem*, 16. *C. de locat.* pignorum autem & fidejuſſorum par cauſa eſt, *l. promiſſ.* 21. *§. ult. ff. de pec. conſtit. l.* 1. *§. jubet autem*, 9. *ff. de collat. l.* 4. *§. adduci*, 8. *ff. de fideic. libert.* Reſpondeo, renovata tacite conductio cum vinculis pignorum renovata cenſetur, ſed nempe ipſius conductoris, qui ultro ſe in nova obligatione conſtitui paſſus eſt, non autem ſi alius pro eo in priore conductione res obligavit, ſine novo hujus conſenſu, *leg. item quæritur*, 13. *§. ult. ff. locat.* ac proinde nec prioris conductionis fidejuſſores, ea renovata ſine novo & expreſſo eorum conſenſu in futurum obligantur.

Neque hic nobis objiciat quis, tempus non eſſe modum tollendi obligationem, *l. obligationem*, 44. *§. 1. ff. de oblig. & act.* nam cum fidejuſſoris obligatio certo tempore circumſcribitur & limitatur, id non tam eo ſpectat, ut tempore obligatio finiatur: quam ut ne poſt illud tempus aut pro temporis obligatione fidejuſſor teneatur: quemadmodum ſi cum ducenta deberentur, in centum fidejuſſor datus eſt; nemo dixerit fidejuſſionem reſpectu reſidui finitam eſſe; at ſicut ſumma, ita & dies pars & ſtipulationis, *leg. 1. §. 2. ff. de edend.* Ant. Fab. *Cod. ſuo for de fidejuſſ. defi.* 25. Valent. Reimer. *quæſt. illuſtr. dec.* 10. *cap.* 4. Hering. *d. tract. c.* 50. §. 18. *n.* 4. *&* 5. Et utique alias in omnem eventum tueri ſe poterit fidejuſſor exceptione pacti conventi vel doli mali, *d. leg.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act. l. eum qui* 56. *§. qui ita*, 4. *ff. de verb. oblig.* In tantum autem hæc vera eſſe arbitramur, ut etſi fidejuſſor cautionem ſibi reddi poſt repetitum contractum non poſtulaverit, nihilo magis ex nova obligatione teneatur. Quippe fidejuſſio nunquam fit tacite citra verba & ſtipulationem, *l.* 5. §. 2. *ff. de verb. oblig. leg. blanditus*, 12. *C. de fidejuſſ.* & tralatitium eſt in fidejuſſionibus ſtipulationem loco formæ eſſe. Hering. *d. tr. c.* 11. *n.* 1. *& ſeqq.* quod ideo hic notare viſum, ne quis putet fidejuſſori neceſſariam hic eſſe aut proteſtationem aut cautionis repetitionem, propterea quod in *d. leg. ſi cum Hermes*, *Cod. de locat.* mentio ſit repetitæ a fidejuſſore cautionis: neque enim hoc ideo memoratur, quia id neceſ-

ſarium,

ſarium, ſed quia factum fuit: cujuſmodi ſexcenta alia ex facti contingentia in Codice narrantur a conſultoribus, & in reſcriptis iterantur, quæ tamen ad cauſæ deciſionem nihil aut parum faciunt, ut vel leviter in jure verſatis notum eſt. Sic etiam Colerus loco ſupra citato cautionem ſuam fidejuſſoriam ſe repetiiſſe memorat, non quia id neceſſarium putavit, ſed quia id fecerat, dubitationis omnis ſcilicet tollendæ gratia. Quod vero prorogatione ſolutionis non liberetur fidejuſſor, qui ad certum tempus ſe obligavit, id longe aliam rationem habet: multum enim intereſt inter prorogationem ſolutionis, quæ fit ſalva obligatione principali & prorogationem quam vocant obligationis, quæ eſt obligationis finitæ novo contractu interveniente renovatio. Sed de eo uberius in *quæſt. ſeq.* Ex converſo autem dicimus fidejuſſorem in propoſito firmiter obligatum manere in præteritum, id eſt, nomine ejus, quod ex cauſa prioris contractus, pro quo intervenit, deberi cœpit. Quoniam licet prior ille contractus expiraverit, obligatio tamen ex eo contractu nata adhuc manet, & tam diu durat, donec creditori ſolutum aut aliter ei ſatisfactum ſit. Neque enim tempore obligationes pereunt, *leg. obligationum*, 44. §. 1. *verſ. placet etiam*, *ff. de oblig. & act.* niſi poſt triginta annorum curriculum, *l. 3. C. de præſcr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de annal. excep.* adde *leg. ſi alienam*, 9. §. *omnis pecunia*, 3. *ff. de pig. act. l. grege*, 13. §. *etiam*, 4. *ff. de pignor.* facit, *l. nemo poteſt*, 35. & *l. ſeq. ff. pro ſoc.* cum ſimilibus. Sed & firmum hujus aſſertionis argumentum duci poteſt ex *d. l. ſi cum Hermes*, *de locat.* Nam cum Imperator illic ſic reſcribat, non oportere fidejuſſorem ad certum tempus obligatum de poſterioris temporis periculo adſtringi, hoc ipſo non obſcure ſignificat eum adſtringi periculo temporis prioris: cui ſimile habemus in *leg. ult. C. in quib. cauſ. tit. hab.* Nimirum unius excluſio alterius ſolet eſſe incluſio, *l. cum prætor*, 12. *ff. de judic. l. ex eo*, 18. *ff. de teſtib.* Et argumentum a contrario ſenſu valide procedit, *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. juriſd.* niſi aut manifeſta juris ratio aut expreſſi textus refragentur. Præſ. Everh. *in loc. legat. loc.* 82. *n.* 4. Sic fidejuſſio dicitur in tantum tempus extendi, in quantum atteſtatio fuerit expreſſa, *leg. ſancimus*, 27. *verſ. tunc enim*, *C. de fidejuſſ.* venditor, qui ſe periculo ſubjecit deſignato tempore, in id tempus periculum ſuſtinere, quo ad ſe ſubjecit, *leg. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Denique æque iniquum foret, verbi cauſa, fidejuſſorem conductionis in quinquennium factæ teneri ea renovata de ſexti anni penſione, quam iniquum foret eum renovatione conductionis liberari in quinquennium præteritum. Alia autem cauſa eſt novationis, ſeu prioris debiti in aliam obligationem converſionis, hoc eſt, cum ex præcedenti cauſa ita nova conſtituitur obligatio, ut prior perimatur, *l. 1. ff. de novat. §. præterea*, 3. *Inſt. quib. mod. toll. oblig.* quippe cujus rei hic effectus eſt, ut etiam acceſſiones, & incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, quaſi ſolutione facta, *l. ſi rem.* 31. §. 1. *verſ. eo magis*, *ff. de novat.* ſimul evaneſcant, & conſequenter ut non in futurum tantum, verum etiam in præteritum fidejuſſores prioris obligationis liberentur, *l. ſi creditor*, 15. *l. novatione*, 18. *l. aliam*, 29. *ff. de novat. l. in omnibus*, 43. *ff. de ſolut. l. ubicumque*, 60. *ff. de fidejuſſ. leg.* 4. *C. eod.* Conſentiunt Hering. *tract. de fidejuſſ. c.* 20. §. 18. *n.* 4. & *ſeq.* junct. §. 12. *n.* 5. 6. 7. Ant. Fab. *Cod. for. de fidejuſſ. dec.* 25. Specul. *lib.* 4. *part.* 3. *de fidejuſſ.* §. 1. quanquam obſcure loquitur. Valent. Reimer. *dec.* 10. *quæſt. illuſtr. cap.* 4.

CAPUT XLII.

An prorogatio termini ſolutionis liberet fidejuſſorem?

VICINA ſuperiori, ac tantum non ex iiſdem fundamentis juris decidenda quæſtio eſt, an prorogatione termini ſolutionis, id eſt, ſi creditor debitori ignorante fidejuſſore tempus ad ſolvendum præſtitutum prorogaverit, fidejuſſor liberetur, Speculator *lib.* 4. *part.* 3. *tit. de fidejuſſ.* §. 1. *verſ. illud autem quæritur*, & ibi Joan. Andr. in *addit.* *Ferrar. in form. libell. cont. plur. reos debend.* §. *ſolutionem facere recuſaverunt*, aliique relati apud Berlich. *part.* 2. *concl.* 25. *num.* 2. putaverunt prorogatione temporis ad ſolvendum conſtituti liberati fidejuſſorem ſine ulla diſtinctione. Alii vero diſtinguunt, utrum fidejuſſor ſimpliciter ſine adjectione temporis fidem ſuam interpoſuit, an vero ad certum duntaxat tempus ſe obligavit: priore caſu negant prorogatione ſolutionis effici, ut fidejuſſor liberetur: poſteriore autem caſu contendunt data prorogatione termini fidejuſſorem liberari. Et hæc eſt communis interpretum opinio, ut videre eſt apud Gomez. *lib.* 2. *var. reſolut. c.* 13. *num.* 21. Fachin. *lib.* 2. *contr.* 88. Hering. *tract. de fidejuſſ. c.* 20. §. 12. *n.* 2. & 3. Berlich. *d. p.* 2. *concl.* 25. *num.* 18. Cui etiam Fachinæus & Berlichius aſſentiuntur. Sed verius eſt neutro caſu prorogatione ſolutionis liberari fidejuſſorem: nec ullus in jure noſtro locus produci poteſt, quo contrarium probetur, ſive fidejuſſio tempore determinata ſit, ſive indeterminata. Abutuntur autem interpretes locis quibuſdam, veluti *l. ſi cum Hermes*, 7. *Cod. de locat. l. item quæritur*, 13. §. *ult. ff. eodem*, quippe quibus locis non agitur de prorogatione ſolutionis, ſed de obligationis, pro qua fidejuſſor intervenerat, finitæ renovatione: nec illud dicitur fidejuſſorem renovata obligatione liberari: ſed renovatæ obligationis periculum ad eum

eum non pertinere: cæterum ex priore contractu obligatus eſſe propterea non deſinit, ut ſuperiore capite plene demonſtravimus. Igitur ſi debitori, qui ad certam diem ſe ſoluturum promiſerat, eoque nomine fidejuſſorem dederat, creditor inſcio fidejuſſore facultatem ſolvendi in longius tempus prorogavit, negamus idcirco fidejuſſorem liberatum videri, cum principalis obligatio ſalva maneat. Non enim tempus in obligatione fidejuſſoris, oppoſitum eſt ad finiendam aut limitandam obligationem, quo caſu aliud dicendum eſſet, reſpectu periculi ſequentis temporis *d. leg. ſi cum Hermes, C. de locat.* ſed ad faciendam ſolutionem & exactionem. Gabriel *lib. 3. comm. opin. tit. de fidejuſſ. concl. 3.* Coler. *de proceſſ. execut. p. 1. c. 10. n. 2. 98. & ſequent.* nec durior ſit conditio fidejuſſoris. Nam ſi jamdiu in obligatione manſit, nec diutius manere velit, poteſt ille ſibi conſulere ordinario juris remedio, quemadmodum & ſi reus labi facultatibus inciperet, *leg. Lucius, 38. ff. mandat. l. ſi pro ea, 10 C. eod. c. ult. extr. eod.* Quod ſi nec ſolvere ipſe velit, nec petere adhuc poſſit, ut a fidejuſſionis periculo eximatur, boni conſulere debet quod dilationis reo conceſſæ beneficium ſibi commune futurum ſit, ut tardius ad ſolutionem urgeatur: nam dilatio reo data, danda etiam eſt fidejuſſori, *l. ult. §. 1. C. de uſur. rei jud. l. ſi unus, 27. §. 1. ff. de pact.* qui proinde & ipſe tanto plus habiturus ſit intermedii temporis & ſpatii ad ſolvendum, *leg. quod certa, 70. ff. de ſolut.* Ant. Fab. *C. ſuo for. tit. de fidejuſſ. defin. 25.* Hering. *d. tract. c. 20. §. 1. n. 6. & ſeqq.*

Hoc igitur poſito quod prorogatio termini ſolutionis tantum differat exactionem, & manente principali obligatione moram debitoris duntaxat tollat, quæ alias & fidejuſſori, maxime in omnem cauſam obligato, noceret, *leg. ſi quis. 24. §. 1. ff. de uſur. l. mora, 88. ff. de verb. oblig. l. quæro, 54. ff. locat.* neceſſario ſequitur prorogatione non liberari fidejuſſorem, ſed manere obligatum, ſive ſimpliciter, ſive cum adjectione temporis ſe obſtrinxerit: prorogatio fit cum omnibus ſuis acceſſoriis & qualitatibus, Gomez. & Coler. ubi ſupra. Perez. *ad Cod. tit. de fidejuſſ. num. 44.* nec ulla hic intervenit aut obligationis finitæ repetitio, ut poſſit dici in futurum liberatus, ſicut in caſu *l. ſi cum Hermes, C. de loc.* aut novatio, per quam prior obligatio tollatur, & nova in locum ſublatæ verbis ſtipulationis ſubſtituatur, ut poſſit dici pleniſſime atque etiam in præteritum liberatus; qui novationis effectus eſt, *l. novatione, 18. ff. de novat. l. ubicumque, 60. ff. de fidejuſſ. leg. 4. C. eod.* Reſpondit Berlichius regulam illam, quod prorogatio ſecum trahit acceſſiones, de iis tantum acceſſionibus intelligendam eſſe, quæ ab ipſis contrahentibus dependent, *arg. l. item quæritur, 13. §. ult. ff. locat.* Sed non animadvertit hac reſponſione effici, ut & fidejuſſor, qui ſimpliciter ſine adjectione temporis intervenit, prorogatione termini liberetur: quod tamen & ipſe negat, & perſpicue falſum eſt. Quod ſi quis dicat fieri poſſe, ut data dilatione ad ſolvendum debitor interim labatur facultatibus: iniquum autem videri, ut factum creditoris fidejuſſori noceat; is ſciat e contrario etiam fieri poſſe, ut debitor interim facultatibus augeatur & prorogatio fidejuſſori proſit; denique dilationes hujuſmodi ex humanitate fere indulgeri ſolere ad petitionem debitorum, quibus in præſentia ſolutio difficilis, ut interea temporis pecuniam conficere & ſolutionem expedire queant, *l. promiſſor, 21. §. 1. ff. de pecun. conſtit.* & ſimilib. unde porro & ipſe fidejuſſor hoc commodum ſentit, ut nec ille toto eo tempore, quamvis novo beneficio, exceptionis videlicet ordinis & excuſſionis, renuntiaverit, conveniri poſſit. Denique poteſt fidejuſſor reo moram nectente ipſe in tempore ſolutionem offerre, & quod pro eo ſolvit, actione mandati, dum adhuc idoneus eſt, repetere, *leg. idemque, 10. §. fidejuſſores, 11. ff. mand. l. mora, 88. ff. de verb. oblig.* Errant autem illi qui putant fidejuſſorem liberari, ſi creditori denuntiaverit, ut debitorem in tempore ad ſolvendum compelleret, iſque dum ceſſat debitor deſierit eſſe ſolvendo. Nam in fidejuſſore ſubſidiario (quem vulgo fidejuſſorem indemnitatis, quamquam improprie, vocant) ſingulare hoc eſt, ut ſi creditorem opportune commonuit de exigendo debitore, & creditore ceſſante debitor fortunis exutus eſt, recte recuſet actionem contra ſe creditori dari, *l. ſi fidejuſſores, 41. pr. de fidejuſſ.* Secus autem eſt in fidejuſſore ſimplici, per textum expreſſum in *l. ſi fidejuſſor, 62. ff. eod.* Nec obſcura eſt diverſi juris ratio. Nam fidejuſſor indemnitatis non idem promittit, quod reus debet, ſed quod a reo ſervari non poterit: ut hujus fidejuſſoris obligatio conditionalis ſit, nec prius ex natura conventionis cum eo agi poſſit, quam facultates rei ex cauſa judicati excuſſæ ſint, ut certo conſtet eum non habere, unde ſolvat, *l. decem ſtipulatus, 116. ff. de verb. oblig.* Quare ſi talis fidejuſſor, quod ei conditio ſtipulationis permittit, creditorem tempeſtive monuerit ut debitorem exigeret, & creditore ceſſante, ille poſtea ſolvendo eſſe deſierit, perinde hoc habendum ac ſi non contigiſſet, quoniam ſuum a debitore ſervare potuit, & monitus debuit, *arg. l. factum cuique, 155. & l. 161. ff. de reg. jur.* At cæteri fidejuſſores idem, quod reus principalis promittunt, & ſtatim ab initio una cum reo obligantur, ut nulla ſit in hujuſmodi fidejuſſoribus conditio, quæ creditorem certo tempore cum reo agere cogat, & ceſſantem cum fidejuſſore agere prohibeat, Zaſ. Donell. Coſtal. & DD. comm. *in l. ult. ff. de reb. cred. & in d. l. decem ſtipulatus, ff. de verb. oblig.* Gail. 3. *obſ. 27. num. 13.* Gomez. 2. *reſolut. c. 13. num. 9.*

Cæte-

Cæterum aliud dicendum videtur poſt conſtitutionem Juſtiniani de fidejuſſoribus non conveniendis niſi poſt reum principalem excuſſum, *Nov. 4. auth. præſente*, *C. de fidejuſſ.* ut jam omnis fidejuſſor, propter beneficium ordinis & excuſſionis, in ſubſidium obligatus videri poſſit, niſi huic beneficio renuntiaverit, & conſequenter ſi denuntiaverit creditori, ut debitorem in tempore conveniret, & illo moram interponente, debitor idoneus factus ſit, recte cum poſtulare ne contra ſe actio detur, *arg. d. l. ſi fidejuſſores*, 41. *ff. de fidejuſſ.* ita Gomez. *d. c.* 13. *n.* 9. poſt Baldum *in l. ult. ff. de reb. cred.* Paul. Caſtr. *in d. l. ſi fidejuſſores*, *col.* 1. Panorm. *in C. fin ext. de fidejuſſ.* Sed vix eſt, ut hoc iis largiri poſſim. Neque enim hoc vult Juſtinianus *d. Nov.* 4. ut fidejuſſores ſimpliciter accepti id quod promiſerunt, debeant ſub conditione ſi creditor id a reo ſervare non poſſit: ſed cum ſimpliciter, ut ante, obligati maneant, hoc beneficium iis tribuit, ut non prius a creditore efficaciter conveniri poſſit, quam ille cum reo principali egerit, eumque excuſſerit. Quamobrem dum creditor hoc faciat aliquando, ſatisfacit conſtitutioni: nec ab illo exigendum, ut certo tempore præciſe cum reo experiatur, contra formam ſtipulationis, & veteris juris, quod proponitur in *l. ſi fidejuſſ.* 62. *ff. de fidejuſſ.* nec *d. Nov.* 4. mutatur, rationem: denique contra regulam vulgo receptam, nemo invitus agere cogatur, *t. C. ut nem. invit. ag. vel accuſ. cog.* Plures differentias inter fidejuſſorem ſimplicem & ſubſidiarium, quæ hodieque manent, reperies apud DD. *in l. ult. pr. ff. de reb. cred.* præſertim apud Zaſium *ibid. n.* 3. *& ſeqq.*

SIMONIS VINNII
ARNOLDI FILII
ORATIO
DE CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor U. J. Publice renuntiaretur poſtridie Kalend. Decemb. 1648.

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præſtantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis diſſerit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum eſſet, Auditores, ne hodierno die in hoc auguſtiſſimo & ad dicendum ampliſſimo loco ſplendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & ſermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri conſtituerim magnos illos Philoſophos, Protagoram, Ariſtonem, Pyrrhonem, nec non Traſymachum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt jus nullum eſſe re ipſa, nullum, quod naturæ decreto conſtitutum ſit, ſed juſtum omne & æquum a ſola hominum opinione & potentiorum placito profectum eſſe; facile animadverti longe graviſſimam oblatam mihi eſſe materiam & ad falſam hanc ſententiam, utut magnam veri præſefert ſpeciem, confutandam ac profligandam, & ad oſtendendum quid revera ſit jus, quid æquum & bonum, quid juſtum & honeſtum. Hæc autem omnia ſi quis ita ſe tractare poſſe confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo reſpondeat, cum oportet aut ita exercitatum eſſe in dicendo, ut facultate ſua fretus nihil ſibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta ſatis acute atque intelligenter perſpicere ac dijudicare non poſſit. Neque mihi nunc ulla alia res perculſum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum eſt, qui & ea ſapientia ſunt, ut quanti quæque res ſit, ex natura ipſius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac manſuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deſerant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoſcant.

Non ſine cauſa a docto quodam viro dictum eſt, opinionem ſacrum morbum eſſe: quippe quæ adeo potens eſt in rebus humanis, ut nacta ſemel conſuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt ſola opinione, non etiam natura jus omne conſtare. Videbant enim non idem apud omnes jus eſſe, non idem æquum & bonum, ſed alium alio jure populum, & fere ſuo quemque uti. Apud Perſas & Macedonas conſtituta fuit adverſus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum. In ſeditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, cum is cæterarum civitatum inſtitutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacædemonii & Ægyptii furta permiſerunt, quæ apud alios paſſim prohibita; apud Athenienſes ex lege Draconis etiam pœna capitis multata ſunt; ſicut & hodie nonnumquam furca laqueoque fures ulciſcimur. Ex rapto olim vixere Cilices: Maſſagetæ communes uxores habuerunt: apud Perſas matribus & filiabus miſceri jus faſque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, ſed etiam odio digna, crudelique ſupplicio viſa eſt. Poſſem ſexcenta alia id genus exempla proferre, niſi id & otioſum eſſet & infinitum.

Non eſt autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere ſingulorum varia eſt & diverſa indoles; in una atque eadem ſæpe civitate & perbrevi tempore videmus leges ipſas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter ſe repugnantiæ & diſſenſiones. Sed in rebus honeſtis, quarum proxima eſt cum juſtis cognatio, animadvertere eſt, more tantum & conſuetudine quadam hominum inductas eſſe, cum nullum earum ſit in natura diſcrimen. Perſis turpe habebatur ſpuere, quod in reliquis populis non ſit inhoneſte. Corporis nonnullis partibus tantus additus eſt pudor, ut quædam omnino non appellentur ſuis nominibus: aliæ appellentur quidem, ſed ita, ut honos præfandus ſit: at iſtam verborum verecundiam, ut ſtultam & puerilem, exploſerunt Stoici, qui nihil putabant turpe eſſe dictu, ſed omnem turpitudinem in rebus ipſis & factis, non in verbis & voce conſiſtere. Ex

his

Digitized by Google

his omnibus jam effici videtur, totam iſtam juſti & injuſti, turpis & honeſti diſtinctionem nullam re ipſa eſſe, ſed injuſta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujuſque populi prohibentur: quæ prohibitio ſi tollatur, aut contrario hominum uſu paulatim antiquetur, jam vel naturæ conſenſu juſta fore & honeſta. Et eſt profecto hæc opinio non ficta, aut diſputationis dumtaxat cauſa in ſcholis Philoſophorum agitata, ut pleræque aliæ; ſed habuit aſſertores ſuos plurimos, eoſque magnos viros & doctos imprimis, a quibus diu multumque ſerio defenſa eſt. Habuit Protagoram, magis etiam Ariſtonem & Pyrrhonem, qui hoc non diſputationis gratia aſſeruerunt, verum quod ita ſe non habere plane ſibi perſuaſerat. Habuit & Traſymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud eſſe dicebat, quam quod placet & utile eſt potentiori: ac proinde quodcumque is, qui plus poſſet, lege ſua juberet & vetaret, jus eſſe & quidem ſolum jus, neque ullam in eo eſſe naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipſa natura proficiſcitur, conſtans eſt & æternum, ſemper & ubique idem, numquam ſibi repugnans, numquam contrarium, nullo temporis curſu mutabile. Ignis ubique gentium & ſemper urit, nix apud omnes & omnibus alba eſt. Non magis Germanis & Gallis Symphoniæ jucundus auditus, non rerum bene olentium odor magis ſuavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum ſenſus magis contrarius? Hoc modo ſi jus non inſtitutum, ſed natum eſſet, quod quibuſdam juſtum eſt, id apud omnes pro juſto haberetur colereturque, & ſicut iiſdem ſenſibus, iiſdem etiam juſſis vetitiſque omnes uteremur. Itaque cum multi ſummo ingenio ſingularique doctrina homines ſemper in hoc ſtudio elaborarint, ac plures fortaſſe etiam quam in alia ſcientia, nemo tamen inventus e veteribus eſt, qui eam arte concludere conatus fuit, ſed tamen quiſque ex diſperſis & disjectis partibus decerpſit, quantum potuit aut judicio ſuo aſſequi, aut memoria comprehendere. Unde ut videre eſt in eorum libris, non tam artificio ullo inſtructi, quam adjuti a natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid juſtum vel injuſtum ſit, reſpondebant. Et tamen quam plauſibile & glorioſum autori ſuo id opus futurum fuiſſet, argumento eſt libertus Appii Claudii Cn. Flavius, qui ob expoſitas populo actiones, tantam in civitate gratiam eſt conſecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non poſſe in formam artis jus civile redigi, cum totum ſitum ſit in hominum inſtitutis, quæ & incerta ſemper, & ad diſcendum cuique ſunt facillima. Quare Juriſconſultorum memoria omnium in ore eſt, tanquam quæ ipſis aut ſola ſit, aut maxime neceſſaria, cum in cæterarum artium profeſſoribus artificium quoddam & acumen ingenii deſideretur: ut qui jura & inſtituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionem judiciorumque formulas memoria teneat, is in medio foro verſari, atque in judicum tribunalibus regnare poſſit, magna cum opinione juris ſcientiæ. Quod ipſum & multis olim, ut Aculeoni aliiſque, de quibus teſtatur Cicero, & noſtra quoque tempeſtate uſu veniſſe conſtat, qui in turba illa Forenſi, & litigioſa multos annos verſati nomen habuerunt magnorum patronorum & Juriſconſultorum, cum eſſent omnium litterarum rudes, & hujus civilis ſcientiæ ignorantiſſimi.

Atque hæc fere ſunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus eſſe conſtitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Ajunt jus natura nullam eſſe, idque oſtendunt ab inſtitutis hominum, quæ inter ſe ſunt diſſimilia, cum natura ſui ſit ſemper ſimilis, quaſi vero id quod juſtum eſt, ex ſolis legibus & ſcitis populorum æſtimandum ſit, ac non potius ex eo, quod juſtum eſſe dictat ipſa naturalis ratio, ſeu inſita animis hominum ac divinitus impreſſa juſti & injuſti notitia. Eſt ſane id jus, quod poſitum eſt in legibus & populorum inſtitutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum opportunitatem mutabile. Nam cum ad cujuſque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non poteſt, quin diverſum diverſis civitatibus & populis ſtatuatur: tum & ipſe temporum mutatio ac neceſſitas ſæpe juſtum affert mutandæ legis occaſionem. Pulchre Cæcilius JCtus apud Agellium, ab optimis, inquit, Rerumpub. gubernatoribus legum opportunitates & medelæ pro temporum & Rerumpub. generibus, ac pro utilitatum præſentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum eſt, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno ſtatu conſiſtunt: quin ut facies Cæli & Maris, ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. Lucius Valerius apud Livium, quas tempora, inquit, aliqua deſideraverunt leges, mortales & temporibus ipſis mutabiles eſſe video: quæ in pace latæ ſunt, plerumque bellum abrogat: quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, ſed aliis alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum ſapientes quoque legum conditores leges ipſas ad indolem & mores cujuſque populi adaptare debent, perſonarum, cauſæ, loci, temporiſque ſemper habita ratione: nam ſi nullo judicio, nulloque rerum, perſonarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ ſive publicæ, ſive privatæ ordinentur, acri ſane dignaque reprehenſione carere

rere non poſſunt. Neque enim probanda eſt Cleonis apud Thucydidem ſententia, qui melius agi cum Republica aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo conſtanter, quam cum ea, quæ bonis, ſed inconſtanter, utatur. Quod vero jus ipſa humana ratio conſtituit, id ut per ſe juſtum & æquum eſt, ita & per ſe & ſuapte natura conſtans perpetuum æque unum eſt. Sed & quamvis non omnes legislatores idem ſemper ſtatuant, idem tamen omnes ſibi propoſitum habent ſalutem ſcilicet civium & Reip. utilitatem. Una inquam ſemper eſt aut eſſe debet legislatorum omnium mens, ut æquitate conſtituenda cives ſuos ad primam illam & immutabilem naturæ juſtitiam revocent, quam ſi legibus ſcriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem exiſtimandum eſt, omnia eſſe juſta, quæ ſita ſunt in populorum inſtitutis aut legibus. An ſi quæ leges eſſent Tyrannorum, ſi triginta illi Athenis leges imponere voluiſſent, aut ſi omnes Athenienſes tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges juſtæ haberentur? Si furta, ſi adulteria aliave flagitia apud quoſdam populos impunita fuerunt, ſi ſint gentes, in quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere poſſunt, ut id, quod natura juſtum aut injuſtum eſt, tale eſſe deſinat? Quid, quod neque illi ipſi, quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiſerunt, ſed eduliorum tantum, neque omnibus furari, ſed junioribus dumtaxat, quos furtim ſibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent induſtriam, diſcerentque a pueris noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere, ita adultos bello meliores fore exiſtimantes, teſtibus Xenophonte & Agellio: quamquam in eo ſtulti, quod furtorum conſuetudine potius, quam virtutis amore & ſtudio veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ juſtorum eadem & honeſtorum diſtinctio eſt; quædam enim natura talia ſunt, quædam vitæ communis uſu introducta. Illa perpetua ſunt, apud omnes ubique & ſemper honeſta. In iis autem, quæ hominum conſuetudine inductæ ſunt honeſtates, tanta variatio eſt & diſſimilitudo, quanta eſt in ipſis moribus, qui pro cujuſque gentis diſpari cultu & victu, varii & diſpares conſtituuntur.

Quod vero de ſenſibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eoſdem eſſe, verum eſt cum ſani ſunt & valentes, nec ulla re alia impediuntur. At remum in aqua judicamus inflexum eſſe, & nimio æſtu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini ſuavitatem non ſentiunt. Sunt & in hominibus qui clarius cernunt, ſunt qui liquidius audiunt, ſunt qui odorantur ſagacius, nec quiſquam fere eſt, qui non proprii aliquid habeat in ſenſibus: & tamen eadem & una ſenſuum vis omnibus ingenita eſt, quamvis ea in unoquoque valeat pro ſuæ dumtaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis ſæpe eſt occæcata erroribus, nec ſemper verum a falſo poteſt diſcernere, ſed in eo ſubinde fallitur non tam rerum ipſarum incertitudine, quæ nulla eſt, quam judicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum eſt mutari naturam; ſed cum una ſit & ſimplex, diverſa nihilominus & multiplex affectis diverſe animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina poſſunt, rectius omnia judicant; qui utroque aut altero deſtituuntur, offendunt ſæpiſſime. Ut in cantu multa exaudiunt Muſici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parrhaſii: neque tamen alia eſt pictura indoctis, alia doctis hominibus, ſed ab iis, cum ſit eadem, non eadem illorum aſpectu ſentitur.

Jus ipſum quidem per ſe nudum & apertum eſt, ſibi conſtans, & jam tum a principio ſui generis æterna lege definitum: ſed id ad uſus hominum & mores, qui varii ſunt & incerti accommodare & difficile eſt & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem ſit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obſcuris nemini mirum videri debet, cum ipſi ſenſus, quorum adeo clara ſunt & certa judicia, perſæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem exploſa ſententia eſt, qui quicquid videtur tale eſſe dicebat, quale videretur; remum in aqua inflexum eſſe, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti ſuave eſſe, quia iis ejuſmodi eſſe videatur. Idque probabat a rebus juſtis, quaſi non alia de cauſa juſtæ eſſent, quam quod legislatoris opinione pro juſtis haberemur, abrogata lege tales eſſe & haberi deſinerent; quo neſcio an quicquam dici poſſit abſurdius: neque enim juris aut rerum ſtabilitas vacillat, ſed fallimur opinione & ſenſibus, dum illa prava eſt, hi corrupti. Quod ſi removerentur omnia, quæ obſtant & impediunt, quo minus ſuo quodque naturali munere fungi perfecte poſſit, neque nobis unquam falſa perſuaſio imponeret, neque depravatus ſenſus deciperet, & omnium eſſet de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Poſtremo nec illud ſatis argumenti eſt ſola hominum inventione jus excogitatum eſſe, quod nulla dum arte ſit concluſum. Multa enim ſunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim diſſipata jacent & diſperſa ſine artificio, quæ tamen propterea dici non poſſunt vere non exiſtere. At ne illud quidem verum eſt, non poſſe jus alicujus populi in artem redigi: nam ſi, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum uſu & Rerump. adminiſtrationibus obſervata ſunt, hæc ab hominibus peritis animadverſa & notata, verbis deſignata, generibus illuſtrata,

pat-

Digitized by Google

partibus fuerint diſtributa, non intellligo quamobrem non, ſi minus ſubtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars eſſe videatur, aut certe artis quædam ſimilitudo & ſimulacrum. Quamobrem, utut iſta quæ objiciuntur, qualem qualem fucum habeant, non adeo tamen plauſibilia videri debent, ut a Platonis, Cryſippi, Ciceronis, aliorumque ſapientiſſimorum hominum ſententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, ſed a naturæ decreto jus fluxiſſe rectiſſime cenſuerunt. Nimirum fons legum omnium motumque natura eſt; finis ad quem ducimur ea ipſa natura eſt, natura inquam hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera juſtum aut honeſtum eſt, niſi quod huic rectæ rationi ſit conſentaneum; quamquam quid opus eſt rectum addere, cum quæ non ſit recta ratio, eadem ne ratio quidem ſit? Ut ſimia ſemper eſt ſimia, etiamſi purpura induatur, ſic injuſtitia ſemper eſt injuſtitia, etſi ex legis auctoritate ſimilitudinem quandam gerit ſpeciemque juſtitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctiſſimorum hominum diſputatione verſantur, nihil eſt præſtabilius, quam plane intelligi nos ad juſtitiam eſſe natos, neque opinione, ſed natura jus conſtitutum eſſe, atque hujus rei evidentiſſimum eſſe argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, ſed ſola notione quam eis indidit natura, rationis ſunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud ſit, quam recta & a Nomine Deorum tracta ratio, præcipiens honeſta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus a natura datum eſt. Hoc autem jus ſemper & ubique juſtum eſt & fuit: nec aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc eſt, aliud poſthæc erit: nam ut recta ratio inſita a natura & diffuſa in omnes conſtans eſt & ſempiterna, ita & quod ea præſcribit ſemper atque ex ſe juſtum eſt atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi poteſt, nec quod jubetur, vetari, vimque ſuam perpetuo retinent in obligandis conſcientiis anticipatæ in animis noſtris communes illæ, quas diximus, notiones; in quibus hæc conſtantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Eruditiſſimo Juveni,

SIMONI VINNIO,

CUM

Summorum, qui JCtis debentur, honorum gratia, de divinis humaniſque rebus in Illuſtri Leidenſi Batavorum Academia graviter reſponderet, ac eiſdem, more majorum, merito ornaretur.

Quod Themidi promit Vinni facundia, Magni hoc
Et Patris & Nati filius inſtar habet.

V. CL.

ARNOLDI VINNII, J. C.
& hujus Academiæ Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei
Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque

L. M. Q.

Poſui

MARCUS ZUERIUS BOXHORNIUS.

SIMO-

Digitized by Google

SIMONIS VINNII
ARNOLDI FILII J. U. D.
ORATIO
DE SAPIENTIA ROMANORUM.

In jure conſtituendo, reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii MDCLI.

FUIT olim proverbium hoc, Auditores Spectatiſſimi, tota Græcia celeberrimum maximeque uſurpatum, ἣν ἔλαχες σπάρταν, κόσμει, Spartam nactus, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipſis Spartanis civibus nata ſeſe inter ſe ad civiraris ſuæ dignitatem pro virili amplificandam communi iſta & populari voce cohortantibus, poſt vero ita celebratum eſt, ut ad quaſvis honeſtas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere exiſtimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexiſſe, aut pro nihilo habuiſſe videri poſſim. Conceſſa mihi poteſtas eſt a Nobiliſſimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, nec non collegis eorum florentiſſimæ hujus urbis Conſulibus, duos illos Pandectarum ſeu Digeſtorum juris epilogos, quorum alteri titulus eſt de verborum ſignificatione, alteri de diverſis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis nempe diebus, quibus Clariſſimi Profeſſores a lectionibus publicis abſtinere ſolent. Cæterum ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam dicar ingreſſus, pro ea, quæ moribus uſuque recepta eſt, conſuetudine, priuſquam ad ipſam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illuſtri aliquo argumento more a majoribus per manus tradito differendum. Putavi autem non uſque adeo alienum ab inſtituto hoc noſtro fore, ſi de ſingulari illa pop. Rom. ſapientia, qua uſus eſt cum in legibus ferendis, & jure conſtituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præſentia diſſertarem. Quam utique admirabilem fuiſſe neceſſe eſt, cum etiam nunc, quotquot ſunt reſpublicæ bene conſtitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur, atque ad hujus normam ultro ſe hodie componat orbis Chriſtianus. Non repetam rem a primordio urbis, a legibus Romuli aut Numæ, verum a decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & conſuetudine uſus eſt, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulſis, abolitiſque lege Tribunitia, lata a Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipſo, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnaſque ſæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multo poſt, certas ferri & ſtabiles leges, ad quarum præſcriptum tum publice univerſi, tum privatim ſinguli ſe conformarent.

Sciebant prudentiſſimi mortales, non quicquid ubique egregium eſt, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob cauſam nec unius tantum civitatis jura cognoſcere voluerunt, ſed plurium, earumque ſapientiſſimarum, atque ex omnium harum inſtitutis, quod uſquam ſpecioſum, decerpere atque ad ſe transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobiliſſimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam ſuſcepiſſet, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formoſiſſimas, ſibi inſpiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico conſilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in ſingulis laudatiſſimum erat, pictura redderet; neque enim putabat omnia quæ ad venuſtatem quæreret, uno in corpore ſe reperire poſſe.

Miſetunr igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, quas ille unus e ſeptem ſapientibus Græciæ, & eorum facile princeps Athenienſibus ſcripſerat, ſublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuiſſe fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Miſere Lacedæmona qui ediſcerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tuliſſe fertur, adhibito prius in conſilium Deo. Miſere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, ſed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, inſtituta, moreſque explorarent. Miſere in Hetruriam, qui religioſa Tuſcorum cognoſcerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes ſacrentur, qua ſanctitate muri, quo jure portæ ſint, aliaque ejuſmodi, quæ libris ritualibus religioſiſſimæ gentis continebantur. Ex tot clariſſimarum civitatum inſtitutis & legibus,

ſimul

ſimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat delectis quæ uſquam egregia, conflatum a Decemviris eſt jus civile Quiritum, compoſitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc conſtat, tripertitam fuiſſe XII. tabularum diviſionem: prima parte comprehenſum id jus, quod ad ſacra & religiones pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, ſpectans ad ſummam Reip. poteſtatem populi in bello paceve decernenda, in magiſtratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eſt, id jus, quod cujuſque civis utilitatem privatim reſpicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, poſſeſſionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujuſque pertinent, relata fuiſſe. Non temere igitur Marc. Tullius in perſona Luc. Craſſi diſputans dixit, totam civilem ſapientiam bene deſcriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII. tabulis contineri: adeoque ſi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, cum facillime intellecturum, quam jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum ſit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiſcita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis ſacri & humani juris manſit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ poſita eſt in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latiſſime patere voluerunt, nec conſiſtere tantum in jure conſtituto privatim ſingulis poſtulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice univerſis proponendo, ac velut conſtituendo, facta magiſtratibus poteſtate, ea, quæ a legibus & jure civili proficiſcebantur, mitigandi, ſupplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica poſtulare videretur, ſalva populi legumque majeſtate; quod jus honorarium appellaverunt, & vivam eſſe vocem juris civilis Marcianus JC. ſcripſit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Roman. attulit, & ſtabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos ſemper fuit juris conſtituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non ſatis conſuli civibus ſola legum ſanctione, niſi ſint in civitate qui vim legum intelligant, eaſque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure reſpondere poſſint: qui quaſi cuſtodes ſint juris civilis, quorumque auctoritate ſua conſervetur legibus auctoritas, atque ad poſteros tranſmittatur. Itaque huic muneri præeſſe voluerunt ampliſſimos quoſque & clariſſimos viros, ipſa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Craſſos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, alioſque plures, quos omnes conſtat juris civilis ſententiam profeſſos eſſe, interpretando, reſpondendo, pleroſque etiam docendo, diſputando, ſcribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare poſſumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano poſſit; ſed in qua ſtudium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuiſſe videtur? ubi tandem aut inſtitutas de jure diſputationes, aut ſcriptos libros fuiſſe legimus? ubi denique nomen ipſum vel Juriſconſultorum vel Juriſprudentium niſi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Juriſconſultorum apud Romanos vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui ſeſe privatorum negotiis, rebuſque agendis interponebant, non Juriſconſulti, ſed pragmatici nominabantur, quaſi dicas negotioſi formularii, homines, ut Craſſus apud Ciceronem ait, infimi & mercenarii, qui ſe miniſtros in judiciis oratoribus præbebant. Non ſum inquit Fabius, moris noſtri ignarus, oblituſve eorum, qui velut ad arculas ſedent, & tela agentibus ſubminiſtrant: neque idem Græcos quoque neſcio factitaſſe, unde nomen his Pragmaticorum factum eſt. Et Antonius I. de Oratore; Itaque Græci, inquit, diſertiſſimi homines, miniſtros habent in cauſis Juriſperitos, cum ipſi ſint imperitiſſimi, & qui pragmatici vocantur, in quo noſtri omnino melius multo, quod clariſſimorum hominum auctoritate leges & jura tecta eſſe voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Juriſconſultorum ſuorum munus in tam exili & tenui opera conſumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibuſque præeſſent; ſed in æquo bonoque civibus omnibus reſpondendo. Quapropter præclare mihi Celſus artem juris definiviſſe videtur, artem æqui & boni. Siquidem Officium JCti & prudentia illius maxime in eo conſiſtit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum ſit videre, tum diſcernere, & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus. In recti, inquam, pravique diſcrimine: cum illi, qui ſe ad album ſolummodo ac rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ ampliſſimi quique cives & nobiliſſimi viri, quaſi juris civilis cuſtodes, in hoc munere, tanquam in præſidio aliquo locabantur, a quibus cæteri cives, quid æquum bonumque eſſet, cum uſus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & conſuetudinis intelligentia, omnes bonarum literarum opes, cunctas eruditionis juſtæ ac legitimæ partes ſibi comparabant, diſciplinam Reipubl. cauſam Imperii cognoſcere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & perſequi ſatagebant. Jam vero quantum illud eſt, quod Juſtitiæ ſacerdotes ſeſe profiterentur, veræque & non ſimulatæ Philoſophiæ ſectatores: nimirum neceſ-

neceſſe eſt eos fuiſſe viros graves, ſanctos, ſeveros, incorruptos, inadulabiles, vi & majeſtate æquitatis veritatiſque terrificos. Ad hos vel tranſverſo obambulantes foro, vel in ſolio ſedentes domi ſic adibatur, non ſolum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod ſane præclarum ac majeſtatis plenum fuiſſe conſtat; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc iniuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præſidium clientibus, atque opem amicis & prope cunctis civibus lucem ingenii & conſilii ſui porrigentes atque tendentes, vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines aſſervabantur, quaſi auguſto aliquo loco ſella poſita Divæ juſtitiæ oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Juriſconſulti oraculum eſſe totius civitatis, unde ſibi, ſi non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes ſui cives conſilium expetant, ſuarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compoteſque conſilii dimittat, ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur ſapientiſſimus Poeta, qui cum ſuas cuique genti laudes attribuiſſet, pingendi, ſculpendi, obſervandi cæli, Romanis reipublicæ conſtituendæ ſcientiam adjudicavit: *Tu regere*, inquit, *imperio populos Romane memento: Hæ tibi erunt artes, pacique imponere morem*, & quæ ſequuntur.

Accepto Principe ingens acceſſio facta, ac tum demum hoc civile ſtudium ad ſummum perductum eſt. Nam cum vitio ſæculi paulatim invaluiſſet, ut paſſim & promiſcue cuivis, qui modo ſtudiorum ſuorum fiduciam haberet, fas eſſet JCtum ſe profiteri, & publice de jure reſpondere, ne vel multitudine profitentium, vel quorundam imperitia, ignavia, ſordibus res tanta vileſceret, atque ut Pomponius noſter in hiſtoria de origine juris ſcribit, quod major eſſet juris auctoritas, D. Auguſtus conſtituit, ut ex ſua auctoritate de jure reſponderetur, nec quemquam ex eo tempore paſſus eſt juris ſcientiam profiteri, publiceve de jure reſponſitare, niſi cui id beneficii loco, ob inſignem virtutem, ſingularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipſe conceſſiſſet. Quod inſtitutum atque exemplum Auguſti reliqui deinceps Principes ſecuti ſunt. Poſteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis JCti titulo prius inſigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera uſus eſſet, teſtati fuiſſent, dignum eſſe atque ea eruditione juriſque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inſeri poſſet.

Sed quod omnium maximum eſt, ipſi Principes, quibus nunc ſolæ commendantur diſciplinæ Mathematicæ, non aliud ſtudium magis, quam juris civilis excolebant. Apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipſi Principes jus aſſidue, laborioſiſſime ac ſeveriſſime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent, adhibebant in conſilium non amicos aut comites ſuos, ſed viros ſapientes & clariſſimos ex ordine JCtorum, ſicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in conſilio habuiſſe Julium Celſum, Salvium Julianum, Neratium Priſcum, nec alios adhibuiſſe, quam quos univerſus Senatus probaviſſet. Teſtes ſunt iidem Auguſtæ hiſtoriæ ſcriptores hunc veterum Principum morem fuiſſe, ut Juſtitiæ ſolium quotidie frequentarent, non ſolum ut id nuda ſua decorarent præſentia, ſed ut ipſi civibus de jure reſponderent, cauſas cognoſcerent, partes audirent, ſententiam pronuntiarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digeſtorum vigeſimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis teſtamentum, in quo heredum nomina teſtator induxerat: quam ob cauſam bona a fiſco vindicabantur, ſcriptis heredibus indignitatis inſimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fiſci dicebat, Vos, ſcripti & inducti habetis judices veſtros, præfectos ærarii, non eſt quod Imperatorem de ea re ſollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis ſtatues? Cui Antonius Cæſar (Nam apud Marcum Antonium Philoſophum hæc cauſa agitabatur) videtur tibi voluiſſe teſtamentum valere, qui nomina hæredum induxit? Reſpondet Cornelius Priſcianus Advocatus Leonis, nomina hæredum tantum inducta ſunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus advocatus fiſci, non poteſt ullum teſtamentum valere, quod hæredem non habet. Priſcianus dicebat, manumiſit quoſdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antonius Cæſar remotis omnibus cum deliberaſſet, & admitti rurſus eodem juſſiſſet, ſententiam ipſe proferens dixit, Cauſa præſens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat exiſtimemus teſtatorem irrita eſſe voluiſſe, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoſcendo & judicando Principes olim uſi, & ſimul oſtendit bonos Principes in re dubia contra fiſcum pronuntiare ſolitos, cujus cauſa nunquam mala eſt, niſi ſub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconſulto, nunquam ſine manifeſta civium utilitate quicquam novi juris conſtituebant, ſed explorato prius judicio & ſententia virorum prudentum, conſerentne illi id poſſe recipi ſalva ratione juris conſtituti, tum an in eo tam evidens ac juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent rei novæ conſtituendæ. Sic legimus D. Auguſtum prudentiſſimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum uſum ſua auctoritate confirmare voluiſſe, quam convocati viri ſapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) cenſuiſſent, morem illum civibus & utiliſſimum eſſe & per-

Digitized by Google

perneceſſarium. Imperator Alexander ipſe Princeps JCtiſſimus nullam legem ſanxiſſe fertur, niſi adhibitis prius in conſilium xx. Juriſperitis, & id quidem ut iretur per ſententias ſingulorum, ſcriberetur que quod quiſque dixiſſet, dato etiam ſpatio ad diſquirendum cogitandumque, priuſquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter tam penſiculate conſtitutum non potuit non ſe latiſſime diffundere per univerſum orbem Chriſtianum. Diffudit autem ſe ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum a Romanis latarum evidentiſſima æquitate, utilitate ac juſtitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene conſtitutis Academiis publice doceatur.

A Juſtiniano ſacratiſſimo Principe etiam hoc habemus, quod is immenſa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffuſa & diſſoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam ſic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit eſſe juris civilis cognitio. Hoc autem volumen, quia ordine quodam diſpoſitum eſt, omniſque generis veterum conſultorum ſententias & reſponſa complectitur, Digeſta aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei ſubjecit epilogum, quorum primus eſt verborum, quibus paſſim in jure utimur; alter rerum, qui ex regulis juris conficitur. Uterque meat ac ſeſe diffundit per univerſum juris corpus, haud ſecus ac venæ atque arteriæ per corpora noſtra atque aliorum animalium diffuſæ & diſperſæ ſunt. Uterque tam in foro quam in ſcholis verſantibus cognitu non modo perutilis, verum etiam neceſſarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in ſtudiorum primordiis utiliſſimi exhibere poteſt. Equidem non ignoro eſſe nonnullos, qui contendunt verborum ſignificationes nihil ad eos, qui juris ſcientiam profitentur, pertinere, ſed hoc totum eſſe profeſſionis Grammaticæ, ſed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in ſcholis vel in medio foro verſari, ſi ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus.

An non in omni diſciplina prima eſt verborum & dictionum ac phraſium diſputatio? an non verba ad hoc inventa ut ſententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere ſolebat, primam eſſe debere verborum curam, licet rerum potiſſima ſit: quippe verba notas eſſe rerum, omnemque orationem a rebus oriri ac dependere, ut qui in hiſce notis ac ſymboliſ erraverit neceſſario etiam ipſis in rebus ſit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac diſciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri poteſt, ita & vel maxime diſciplina juris. Certis & ſolemnibus verbis conceptæ leges, Senatuſconſulta, edicta, certæ hæredum inſtitutionis, legatorum, cautionum, ſtipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum JCtorum verſatam eſſe induſtriam minime ignotum eſt. Lepidum eſt, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus a Gellio, quid eſſet ex jure manum conſertum, reſpondit ſe rem Grammaticam docere, non jus reſpondere. Sed inquit ſi quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet: atqui inquit Gellius, ex Ennio eſt quod quæro. Sic enim Ennius, *Non ex jure manum conſertum, ſed mage ferro Rem repetunt*, &c. & ſimul ire juſſit hominem, ac diſcere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter Epilogus, qui rerum eſt, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus eſt in locum extremum, & ſane quidem merito. Quid enim aliud ſunt illæ regulæ, quam veluti rivuli quidam ex fontibus juris conſtituti manantes ac diducti? quam velut poriſmata quædam ordine conſecutionis univerſali legum doctrina poſteriora? Unde illud hujus epilogi initio: Non ex regula jus ſumatur, ſed ex jure, quod eſt, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi ſive tituli utilitate nihil aliud in præſentia dicam, niſi quod Ulpianus noſter commendaturus titulum de in integrum reſtitutionibus, hic titulus, inquit, commendatione non eget: ipſe enim ſe ſatis oſtendit. Nam ſive eos ſpectamus, qui jus civile interpretantur docendo ſcribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure conſultoribus reſpondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magiſtratus & judices, hi, inquam, omnes, niſi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix eſt, ut munere ſuo recte defungi queant. Sed de his latius diſſerendi, Deo volente, dabitur occaſio, quando, quod nunc ſupereſt, manum operi ſuſcepto admovebimus, Spartamque quam nacti ſumus, pro virili rebus ipſis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præſes & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi vobiſque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.

IN EXCESSUM

SIMONIS VINNII A. F. J. C.

JUVENIS EXIMII.

VInniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur ſed juvenem? Credidit eſſe ſenem.

Manibus Memoriæque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præſtantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitate Ornatiſſimi, in ipſo Ætatis flore rapti, parentum pluriumque jam deſiderii.

T. M. Q.

S.

BOXHORNIUS.

AD

PATREM DEFUNCTI,

SENEM MOESTISSIMUM:

VEſtitur arbor mille ſæpe floribus,
Fructuſque nullus mille ſæpe eſt floribus.
Ridere cum jam ſpes videtur, decipit.
Animum pater, totumque te, VINNI, erige.
Fortuna fortes opprimit numquam viros;
Humoque tollit, ſævior cum jam fuerit.

BOXHORNIUS.

AD

Digitized by Google

A D

Ampliſſimi & Clariſſimi Viri,

ARNOLDI VINNII,

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Profeſſoris Primarii, unici Filii,

SIMONIS VINNII, J. U D.

inopinum Funus.

QUI nuper dirus luxit, Linemanne, Cometes,
Veri præſagum Te probat eſſe Virum;
Sublimi ingenio natis juvenilibus annis
Dixiſti vereor, Magne, malignus erit.
Eſt ita, lethiferum hoc lumen vix condidit æther;
Sidereæ mentis lumen & ecce cadit.
Aſpice Belgarum Virtuti nata juventus,
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille vireſcens
Muſarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patriæ columen, fulcrumque ſenectæ,
Heros præclari Nominis, atque decus.
VINNIUS ille riget, quem nuper roſtra Cathedræ
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgiſque voluptas;
Cor matri, juri gloria, vita patri.
Mento caneſcant mente hic, multique Capillo,
Pectore ſed juvenis mortuus hicce ſenex.

Et Germanos æſtimare Belgas, & eſſe Belgis quod ament, & mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici quondam ſui Col. L. M. Q. innuere voluit.

D. L. B. L.

FINIS.

NOI

NOI RIFORMATORI

dello Studio di Padova

Concediamo Licenza agli *Eredi Baglioni* Stampatori di *Venezia*, di poter riſtampare il Libro intitolato *Arnoldi Vinnii J. C. Tractatus Quinque*, &c. oſſervando gli ordini in materia di Stampe, e preſentando le ſolite Copie alle Pubbliche Librarie di Venezia, e di Padova.

Data li 1. Settembre 1780.

(Alviſe Valareſſo Rif.
(Andrea Tron Kav. Proc. Rif.
(Sebaſtian Foſcarini Kav. Rif.

Regiſtr. in Lib. a Carte 445. al Num. 1821.

Davidde Marcheſini Segretario.

575966

[illegible] Google

Digitized by Google

Digitized by Google